



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

FLÁVIO AURÉLIO NOGUEIRA JÚNIOR

**NOVOS TIPOS DE ABUSO DE PODER: UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO A
PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL**

BRASÍLIA

2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

FLÁVIO AURÉLIO NOGUEIRA JÚNIOR

**NOVOS TIPOS DE ABUSO DE PODER: UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO A
PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
qualificação do Mestrado em Direito e Políticas
Públicas do Centro Universitário de Brasília

BRASÍLIA

2017

FLÁVIO AURÉLIO NOGUEIRA FILHO

**NOVOS TIPOS DE ABUSO DE PODER: UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO A
PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL**

Dissertação apresentada como requisito
parcial à qualificação do Mestrado em Direito e
Políticas Públicas do Centro Universitário de
Brasília.

Brasília, _____ de junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Examinador

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho ao meu filho Daniel.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, a Ele toda a Glória.

À minha esposa, Carolina, sem ela, provavelmente, este momento não seria possível.

Aos meus pais, Flávio e Teresinha, e a minha avó Edy (*in memorian*), meus maiores exemplos de estudo, dedicação e determinação.

Aos avós do Daniel, Lúcia, Carlos José, Rachel, Teresinha e Flávio, que me apoiaram e me ajudaram, proporcionando ao neto tempo de qualidade e alegrias, que me permitiu concluir este trabalho com tranquilidade.

Ao meu orientadores e queridos professores, Arnaldo Godoy e Marcia Leuzinger, pelos ensinamentos, pela disponibilidade nas orientações, pelo acompanhamento, pela dedicação neste trabalho e, principalmente, por acreditar na minha capacidade.

Aos professores, Jefferson Carús, Paulo Carmona, Suxberguer, Aragão, pelos ensinamentos e pelo apoio durante a realização do curso de Mestrado.

A Daniel Alvarenga, pelo apoio.

Aos meus amigos do “Eleitoral”, em especial aos amigos do “Pluris” e do “Montesquieus”, pelos grandes ensinamentos sobre Direito Eleitoral e pela aplicação do conceito de amizade ao caso concreto.

RESUMO

No sistema eleitoral brasileiro, a Justiça Eleitoral, em especial o TSE, tem demonstrado seu protagonismo na moralização das eleições. A preocupação do TSE em fiscalizar e julgar o abuso de poder constitui a principal forma de trazer legitimidade ao pleito eleitoral. O reconhecimento do abuso de poder no processo eleitoral possui fortes consequências sociais, tais como a anulação do pleito, novas eleições, declaração de inelegibilidade, entre outras. Portanto, este estudo tem por objeto o abuso de poder a partir das interpretações do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, por meio da análise de suas jurisprudências. Parte da hipótese que para se reconhecer o abuso do exercício de um poder (entendendo poder como exercício de uma liberdade ou direito fundamental), a justiça eleitoral, em especial o TSE, inserida em um ambiente no qual prevalece o Estado Democrático de Direito, não deve fazer uso de instrumentos/artifícios que possibilitem interpretações maleáveis, distantes da norma vigente. Uma vez que a legislação eleitoral, quando aplicada corretamente, tem se desvelado suficiente para conter o abuso do exercício de poderes que afetam os bens jurídicos tutelados pelo Direito Eleitoral. Parte das seguintes questões: Quais são os principais parâmetros utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral para constatar o abuso de poder em um Estado Democrático de Direito? Pode-se entender que a partir da análise das interpretações desses parâmetros, a jurisprudência do TSE está sendo construída respeitando o Estado de Direito? Faz-se necessária a expansão das interpretações, ou mesmo a criação de novas figuras de abuso de poder como causa de pedir nas ações eleitorais? Apresenta como objetivos: analisar as interpretações do TSE, por meio de suas jurisprudências, em especial as que discutem a possibilidade de criação de novos tipos de abuso de poder, não definidos na norma eleitoral; identificar os principais parâmetros utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral nos julgados sobre o abuso de poder; delinear os tipos possíveis de abuso de poder encontrados nas interpretações do TSE; analisar os dois principais julgados que discutem a possibilidade de novos tipos de abuso de poder na justiça eleitoral, aplicando-se os parâmetros interpretativos apresentados ao longo do trabalho. No que se refere à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa, de documentação indireta, fundamentada na hermenêutica jurídica para análise e interpretação dos documentos. Conclui que o TSE, apesar de ter votos propensos a um entendimento de reconhecer novos tipos de abuso de poder como causa de pedir, tipos autônomos, a maioria de seus membros impõem soluções nas quais essa nova roupagem não se faz necessária, respeitando a norma e aplicando-a ao caso concreto sem a necessidade de argumentações que refutem a lei em favor de supostos princípios sociais. Assim, o Estado de Direito tem sido respeitado nas decisões que reconhecem tão somente a existência do abuso de poder econômico, político e do uso indevido dos meios de comunicação.

Palavras-chave: Abuso de poder. Jurisprudência. Estado Democrático de Direito. Decisões Eleitorais.

ABSTRACT

The Brazilian electoral system, the Electoral Justice, especially the TSE, has demonstrated its role in the moralization of the elections. The TSE's concern to inspect and prosecute abuse of power is the main way to grant legitimacy to the electoral process. However, recognition of the abuse of power in the electoral process has strong social consequences, such as the annulment of the election, new elections, declaration of ineligibility, among others. Therefore, the purpose of this study is to abuse power based on the interpretations of the Supreme Electoral Tribunal (TSE), through an analysis of its jurisprudence and part of the hypothesis that, in order to recognize abuse of power A freedom or fundamental right), electoral justice, especially the TSE, inserted in an environment in which the Democratic Rule of Law prevails, should not make use of instruments / devices that allow soft interpretations, far from the current norm. Since the electoral legislation, when properly applied, has been demonstrated enough to contain the abuse of the exercise of powers that affect the legal rights protected by the Electoral Right. Part of the following questions: What are the main parameters used by the Higher Electoral Court to verify the abuse of power in a Democratic State of Law? Can one understand that from the analysis of the interpretations of these parameters, the case law of the TSE is being built respecting the rule of law? Is it necessary to expand the interpretations, or even the creation of new figures of power abuse as a cause to ask in the electoral actions? Its objectives are: to analyze the interpretations of the TSE, through its jurisprudence, especially those that discuss the possibility of creating new types of abuse of power, not defined in the electoral norm; Identify the main parameters used by the Superior Electoral Court in the judgments on abuse of power; Outline the possible types of abuse of power found in TSE interpretations; Analyze the two main judges who discuss the possibility of new types of abuse of power in electoral justice, applying the interpretative parameters presented throughout the work. As far as the methodology is concerned, it is a qualitative research, of indirect documentation, based on legal hermeneutics for analysis and interpretation of the documents. It concludes that the TSE, despite having votes that are prone to an understanding of recognizing new types of abuse of power as a cause of request, autonomous types, the majority of its members impose solutions in which this new clothing is not necessary, respecting the norm and Applying it to the concrete case without the need of arguments that refute the law in favor of supposed social principles. Thus, the rule of law has been respected in decisions that recognize only the existence of abuse of economic, political power and misuse of the media.

Keywords: Abuse of power. Electoral Law. Democratic state. Electoral Decisions. Superior Electoral Court.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DOU – Diário Oficial da União

MPE – Ministério Público Eleitoral

PL – Projeto de Lei

Rcl - Reclamação

RESPe – Recurso Especial Eleitoral

RO – Recurso Ordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	20
PODER, DEMOCRACIA E JUSTIÇA ELEITORAL.....	20
1.1 O poder como manifestação do direito fundamental	20
1.2 A democracia: a fonte e a distribuição do poder no Brasil.....	29
1.3 O Tribunal Superior Eleitoral: protagonismo na apuração do abuso de poder.....	32
1.3.1 A Justiça Eleitoral e o Tribunal Superior Eleitoral: uma Justiça especial desde o seu surgimento	32
1.3.2 O precedente e o prospective overruling na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral	41
1.4 A constitucionalização do Direito e o Estado Democrático de Direito	51
1.4.1 O constitucionalismo e o controle de poder: os abusos da constitucionalização do Direito e o fenômeno da judicialização.....	53
1.4.2 O Estado Democrático de Direito: Os limites impostos ao magistrado e a análise da ADPF n 144-DF	56
CAPÍTULO 2	63
A “BÚSSOLA” PARA O INTÉRPRETE: A NECESSIDADE DE PARÂMETROS GENÉRICOS PARA A APURAÇÃO DO ABUSO DE PODER	63
2.1 As normas eleitorais que tratam do abuso de poder no ordenamento jurídico brasileiro	66
2.1.1 A Constituição de 1988 e estrutura infraconstitucional	67
2.1.2 As normas infraconstitucionais.....	71
2.2 Os princípios eleitorais no reconhecimento do abuso de poder	76
2.2.1 A regra e os princípios de natureza processual e material.	78
2.2.2 Os princípios eleitorais utilizados como parâmetros	81
2.3 Os elementos “quantitativos” e “qualitativos”	103
CAPÍTULO 03	109
OS ABUSOS DE PODER NA JUSTIÇA ELEITORAL: O USO DA BÚSSOLA.....	109
3.1 A captação ilícita de sufrágio e as condutas vedadas X abuso de poder .	110
3.2 Os abusos de poder dispostos pela legislação eleitoral: econômico, político, ou de autoridade, uso indevido dos meios de comunicação.....	113
3.3 A interpretação histórica e construtiva do abuso de poder político.....	117
3.4 O TSE e novos tipos de abuso de poder como causa de pedir.....	121
3.4.1 O abuso de poder religioso como causa de pedir.....	121
3.4.1.1 <i>Análise do Acórdão no RO n° 2653-08– abuso de poder religioso como causa de pedir.....</i>	<i>123</i>

3.4.1.2. Os votos dos demais Ministros membros da Corte e a análise da potencialidade	135
3.4.1.3 Algumas considerações sobre a possibilidade de mudança de entendimento sobre abuso de poder religioso no TSE	140
3.4.2 O abuso de poder carismático: influência de artistas.....	144
3.4.3 Abuso de poder cultural – o elastecimento do conceito de autoridade, o julgamento do RESPe 28784	146
CONCLUSÃO	160

INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral surgiu pós-golpe, ou revolução de 1930, como tentativa de resolver a desconfiança da população com a classe política, dentro do contexto histórico em que a sociedade brasileira atravessava. Os poderes executivo e legislativo, no início da década de 30, não se mostravam legítimos para a sociedade em razão das práticas de abuso de poder exercidas, em sua maioria, de forma ilegal para a manutenção do poder das classes dominantes. A República do “café com leite”, a velha república, estava chagando ao fim, os coronéis ainda dominavam a política local por meio do abuso de poder (VILAÇA, ALBUQUERQUE, 1997). Criar um judiciário com a finalidade específica de moralizar o sufrágio, ou melhor, todo o processo eleitoral por meio, principalmente, do combate ao abuso de poder, foi a forma encontrada para dar legitimidade à democracia brasileira. Por isso é que se concederam poderes peculiares à Justiça Eleitoral, dotando-a de competências administrativa, regulamentar e judicial para legitimar prélio eleitoral.

É bem verdade que o contexto histórico narrado é similar ao atual. Há desconfiança pelo povo com a classe política, em especial, com os ocupantes dos poderes legislativo e executivo¹. Do mesmo modo, as esperanças do povo foram albergadas no poder judiciário, mas não pela criação de uma nova justiça, mas pelo protagonismo que esta tem exercido nos últimos anos em razão de uma postura na qual defende um ativismo judicial. Diferentemente de 80 anos atrás, houve uma transformação democrática no Brasil, pós Constituição de 1988, sustentada e evoluída em razão da estabilidade constitucional e do amadurecimento da democracia, que levou ao crescimento da teoria da “constitucionalização” do Direito, que afetou não só a Justiça Eleitoral, como também todo o Poder Judiciário, ao buscar implantar diretamente princípios relacionados a dignidade do ser humano.

Esse contexto histórico e social encontra-se percorrido neste trabalho para demonstrar o porquê da preocupação com o papel da Justiça Eleitoral, principalmente com relação à atuação do Tribunal Superior Eleitoral. Nos dias atuais, o protagonismo

¹ A afirmação registrada em pesquisa publicada no Jornal “O Estado de São Paulo”, 11/05/2016: CHADE, J. Brasileiro é quem menos confia em político, diz pesquisa mundial.”disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-e-quem-menos-confia-em-politico--diz-pesquisa-mundial,10000050380>

exercido pelo poder judiciário tem sido alavancado pela defesa de uma ideia de ativismo judicial. Contudo, em razão do Estado de Direito difundido no Brasil, não pode esse protagonismo ser sinônimo de instabilidade jurídica, ou mesmo de maleabilidade das decisões em razão da aplicação de uma grande carga de subjetivismo, uma vez que muito dos defensores desse ativismo judicial prega a valoração dos princípios sem qualquer respeito a algum tipo de formalismo, considerando-se a existência de exceções. O Estado de Direito merece ser tratado como a busca por uma “dignidade de tratamento, não de resultado” (GALVÃO, 2014, p. 309). Assim, deve ser compreendido qual o caminho que tende o TSE a percorrer com a tentativa de manter a confiança no processo eleitoral.

O presente estudo tem como objeto a análise do abuso de poder a partir das interpretações do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, por meio do estudo da jurisprudência² consolidada sobre o abuso de poder quando aplicado ao caso concreto e na compreensão de que se encontra vigente no Brasil um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao significado de abuso de poder, mormente sua base normativa, conduz a uma tradução aberta sobre o sentido de abuso de poder, o que obriga a utilização de princípios constitucionais para aplicação do Direito ao caso concreto de forma justa, confirmando a relevância do presente estudo em razão da análise das jurisprudências do TSE. Assim, a partir do resultado dos julgamentos do TSE, pretende-se distinguir se é possível construir parâmetros gerais que nortearão, ou seja, que comporão uma “bússola”³ para interpretação, ou ponderação, do que se considera abuso de poder. Não se intenciona determinar um conceito para a

² Utiliza-se neste trabalho a expressão jurisprudência, ao invés de precedente, no item 1.1 será melhor esclarecido essa escolha. De todo modo, deve-se deixar claro que a ideia de precedente como algo vinculativo, conforme hoje defendido em razão das mudanças no CPC, não é suportado no Direito Eleitoral, apesar de estar expressamente disposto no art. 263 do CE, esse artigo não foi considerado recepcionado, pelo TSE. Neste trabalho há um pensamento diferente, que é exposto no item referido. De qualquer maneira, a expressão jurisprudência é utilizada pelo STF no julgamento do RE 637485, o que consubstanciou em sua decisão que à jurisprudência do TSE deve ser conferido o princípio da segurança jurídica, calcada no princípio da anualidade, como dispõe este trabalho, para o qual concede certo diferimento nos seus efeitos. Diferenciar os efeitos da decisão do TSE não é um dos objetivos deste estudo, razão por que não se procurou fazer uma diferenciação, podendo ao longo do trabalho haver o uso do termo precedente como jurisprudência, pois em muitos acórdãos essa diferenciação não é feita.

³ A expressão bússola é utilizada por Ramayana (2009) para afirmar que não existe um conceito específico sobre o que seria abuso de poder econômico e político, o autor utiliza como um dos capítulos de seu livro. A lei tão somente mostraria parâmetros que seriam utilizados como bússola para o intérprete.

expressão abuso de poder, sugere-se a construção de um significado para esse termo de acordo com o resultado obtido do caso concreto.

No contexto desta discussão, busca-se, em especial, demonstrar que o Tribunal Superior Eleitoral tem pretendido, em seus julgados, ampliar os tipos de abuso de poder dispostos na legislação eleitoral que devem ser combatidos pela Justiça Eleitoral: abuso de poder econômico, político e do uso indevido dos meios de comunicação, a ponto de sugerir a possibilidade da construção de novas figuras de abuso de poder como causa de pedir nas ações eleitorais, como o abuso de poder religioso.

Manifestações típicas da sociedade civil praticadas por artistas, caciques de aldeias indígenas e líderes religiosos são preocupações constantes, nas últimas eleições, dos membros do TSE, em razão, principalmente, da mudança de postura determinada pela legislação eleitoral, na qual a cada eleição as propagandas e os meios de financiamento de campanhas estão cada vez mais restritos, especialmente pelo fim da doação de pessoas jurídicas a partidos e a candidatos.

Assim, para o desenvolvimento deste tema partiu-se das seguintes questões: Quais são os principais parâmetros utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral para constatar o abuso de poder em um Estado Democrático de Direito, especialmente quando há conflitos de valores constitucionais? Pode-se entender, a partir da análise das interpretações desses parâmetros, que a jurisprudência do TSE está sendo construída respeitando o Estado de Direito? Faz-se necessário, por meio das interpretações, a expansão dos tipos contidos nos abusos de poder, ou mesmo a criação de novas figuras de abuso de poder como causa de pedir nas ações eleitorais cabíveis sobre o tema?

Decorrente dessas questões delineou-se como objetivos: analisar as interpretações do TSE, por meio de sua jurisprudência, em especial as que discutem a possibilidade de criação de novos tipos de abuso de poder não definidos na norma eleitoral; identificar os principais parâmetros genéricos utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral nos julgados sobre o abuso de poder; delinear os tipos possíveis de abuso de poder encontrados nas interpretações do TSE; analisar os dois principais acórdãos que discutem a possibilidade de novos tipos de abuso de poder na justiça eleitoral, aplicando-se os parâmetros interpretativos apresentados ao longo do

trabalho, posicionando-se em favor do Estado Democrático de Direito: Acórdão no Recurso Ordinário - RO nº 2653-08 julgado em 07.03.2017, que trata do abuso de poder religioso e o Acórdão no Recurso Especial Eleitoral - RESPe nº 28784 julgado 15/12/2015, ambos de relatoria do Ministro Henrique Neves.

A preocupação do TSE em fiscalizar e julgar o abuso de poder constitui, no entendimento desse trabalho, a principal forma de trazer legitimidade ao pleito eleitoral. Todavia, o reconhecimento do abuso de poder no processo eleitoral possui consequências sociais, tais como anulação do pleito, novas eleições, declaração de inelegibilidade, entre outras. Mediante esta compreensão, desenvolveu-se a hipótese deste estudo - para se reconhecer o abuso do exercício de um poder, entendendo-se poder como exercício de uma liberdade ou direito fundamental, a Justiça Eleitoral, em especial o TSE, inserida em um ambiente onde prevalece o Estado Democrático de Direito, não deve fazer uso de instrumentos/artifícios que possibilitem interpretações maleáveis, distantes da norma vigente. Isso porque os três tipos de abuso de poder dispostos na legislação eleitoral, que devem ser analisados com certo formalismo, em razão dos graves efeitos para a sociedade, são suficientes para proteger os bens jurídicos tutelados pelo Direito Eleitoral.

Portanto, no intuito de discutir acerca dessa temática, apresentam-se as possíveis aproximações relacionadas ao objeto de estudo, aos questionamentos, à hipótese e a uma proposta de delineamento das interpretações do Tribunal Superior Eleitoral-TSE. Ressalta-se que o presente trabalho não apresentará uma sintetização dos casos, mas fomentará reflexões, sugerirá possíveis soluções, analisará questões consideradas relevantes no contexto eleitoral brasileiro.

Desta forma, registra-se que não serão realizados comentários exaustivos sobre a jurisprudência, mas sim a utilização de conclusões e de raciocínio jurídico do Tribunal Superior Eleitoral quando este analisa o abuso de poder. As jurisprudências escolhidas para compor o raciocínio inicial não foram colocadas dentro de um padrão específico, razão por que o trabalho demonstra os parâmetros utilizados, divididos em três aspectos: os legais, os princípios e os métodos de aplicação.

Deve-se esclarecer, no entanto, que não se parte de uma análise aleatória de jurisprudências. O padrão de escolha desses julgados ocorreu em razão do uso do princípio do minimalismo judicial. Esse princípio é entendido no presente trabalho,

seguindo sua aplicação, ainda que indiretamente, pela Corte Eleitoral, nos termos do que dispõe o Ministro Luiz Fux (FRAZÃO; FUX, 2016). Nesse sentido, as principais mudanças na jurisprudência dessa Corte, como regra, tendem a ocorrer nos julgados mais complexos, em razão da necessidade de uma maior fundamentação e generalização de seu conteúdo e do contexto político. Por exemplo, a possibilidade de utilização de testemunhas e provas no Recurso Contra Expedição de Diploma, o *leading case*, processo de Cassação de Jackson Lago⁴, ou mesmo a mudança no prazo para a verificação da inelegibilidade, no caso de José Roberto Arruda⁵. Ao todo, até 2016, o número de Governadores cassados não passou de seis, além dos dois já citados, acrescentam-se: Mão Santa⁶, Flamarion Portela⁷, Marcelo Miranda⁸, Cassio Cunha Lima⁹, todos julgamentos emblemáticos, por se tratarem de governadores, e que alteraram o entendimento de vários temas cuja jurisprudência já se encontrava sedimentada. Outros casos que necessitam de maior atenção são temas mais recentes: abuso de poder religioso e abuso de poder cultural.

Assim, sob a ótica do minimalismo judicial, o padrão de escolha e análise dos julgados utilizado neste trabalho é apresentado em duas formas. A primeira utiliza a jurisprudência como verdadeiro argumento de autoridade para fundamentar a escolha dos parâmetros que irão compor o significado do abuso de poder. A análise parte, portanto, nesses casos, da consequência, ou melhor, do resultado dos julgados. A segunda forma, em razão da possível mudança de paradigma - criação de novos tipos de abuso de poder, considera que os dois acórdãos referidos devem ser analisados desde a descrição do fato concreto até os votos individuais de cada Ministro.

Busca-se, desse modo, por confirmações ou não, sobre não ser possível dentro do que decide o TSE, o surgimento de novos tipos de abusos de poder não

⁴ (RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 671, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 59, Data 03/03/2009, Página 3)

⁵ (Recurso Ordinário nº 15429, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 3, Data 26/08/2014, Página 556)

⁶ (Recurso Ordinário nº 510, Acórdão de Relator(a) Min. Nelson Azevedo Jobim, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 16/11/2001, Página 102)

⁷ (Recurso Especial Eleitoral nº 21320, Acórdão, Relator(a) Min. Humberto Gomes De Barros, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 30/08/2004, Página 114)

⁸ (RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 698, Acórdão, Relator(a) Min. Felix Fischer, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 20, Tomo 4, Data 25/06/2009, Página 21)

⁹ (RECURSO ORDINÁRIO nº 1497, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 02/12/2008, Página 21/22)

expressamente dispostos na Lei como causa de pedir de ações eleitorais. Faz-se necessário contextualizar o Direito Eleitoral, a Justiça Eleitoral, em especial a singularidade do TSE, não só em suas competências, mas também, em razão do seu destaque quanto aos efeitos de seus julgados, partindo-se do pressuposto de que vige no Brasil o Estado Democrático de Direito, em razão do amadurecimento de sua democracia.

A discussão a respeito dessas questões não busca sintetizar os casos, mas, com base na hermenêutica, reconhecer que as decisões jurídicas são construídas individualmente, a partir dos casos analisados em concreto, motivo por que se propõe uma análise de conteúdo, própria de um estudo qualitativo. Portanto, desenvolveu-se uma pesquisa em documentação indireta que, segundo Lakatos e Marconi (1992), é essencial para uma contextualização do objeto em estudo.

Para uma melhor compreensão deste estudo, buscou-se sistematizar esta dissertação a partir de uma estrutura delineada em quatro capítulos, seguindo as normas sobre trabalho científico do UNICEUB. Tem-se, portanto, uma introdução, seguida dos quatro capítulos já enunciados.

No primeiro capítulo, Poder, Democracia e Justiça Eleitoral são apresentados como pressupostos essenciais para análise do abuso de poder no Brasil. O poder, no primeiro subitem, é visto como uma manifestação legítima dentro da sociedade, abordam-se entendimentos da doutrina, mostrando as principais variedades e vertentes dessas manifestações. No segundo item, a democracia é vista como ponto determinante da emanção e distribuição do poder no Estado brasileiro. Demonstra-se a importância do voto e o porquê de não maculá-lo, sob pena de não legitimar a vontade popular. Inicia-se, o terceiro item com a afirmação de que a Justiça Eleitoral e, especialmente, o TSE são partes essenciais na apuração e aplicação da sanção por abuso de poder. Busca-se responder algumas questões sobre o Tribunal Superior Eleitoral e sua vinculação com o controle do abuso de poder e sobre todos os atos que envolvem as eleições no Brasil, sendo, portanto, o instrumento de legitimação das eleições. Por isso que se informa em que consiste o TSE, como é formado e qual a competência da Justiça Eleitoral, assim como do Tribunal Superior Eleitoral. Procura-se esclarecer, ao virtual leitor, algumas dúvidas sobre o funcionamento do TSE e seu papel no processo eleitoral. Principalmente, ao fim, demonstrar a importância de seus

julgados, analisando voto do STF que determina a aplicação do princípio da segurança jurídica jungido ao da anualidade, para aplicá-lo à jurisprudência do TSE, o que na prática se traduz em verdadeira técnica de “*prospective overruling*”.

Após demonstradas as ligações umbilicais entre o poder, a democracia e a Justiça Eleitoral, acrescentando-se novos conceitos que devem ser aplicados para se estabelecer os limites de estudo do presente trabalho. A primeira análise é do constitucionalismo, cujo escopo nasceu da necessidade de se controlar poderes, e a perspectiva e evolução no cenário brasileiro, criando cenários de atuação ao judiciário, antes imaginados, como a judicialização das políticas e o estabelecimento da constitucionalização do Direito. Feitas as devidas conceituações e apresentação das teorias, em razão de se considerar o poder como inerente a uma liberdade, é analisado o Estado de Direito e a evolução da democracia no Brasil para um Estado Democrático de Direito. Feitas essas observações, são estabelecidos limites de atuação, haja vista ser considerado neste estudo o Estado de Direito como “uma virtude ou qualidade moral presente em alguns regimes jurídicos que estabelecem um meio legítimo de proceder no uso e na aplicação das normas jurídicas”. (GALVÃO, 2014, p. 309). Nesse contexto sugerido, critica-se uso extremado do modelo Neoconstitucionalista, para o qual os “direitos fundamentais – e princípios são considerados como “instrumentos que possibilitam uma interpretação mais maleável”. (GALVÃO, 2014, p. 302).

Ao fim do primeiro capítulo são tratados alguns pontos sobre os limites de interpretação. Retira-se dos ensinamentos de Souza Neto e Sarmiento (2016) o método da ponderação, pois se entende que no Direito Eleitoral, ao se analisar os casos em concreto, em especial, os que tratam de novos tipos de abuso de poder, valores constitucionais são colocados em conflito. Assim, sugere-se, conforme Souza Neto e Sarmiento (2016), a construção de parâmetros genéricos para análise do abuso como uma solução para a contenção de um formalismo estrito e de um ativismo judicial radical. Além disso, por meio da análise do julgamento da ADPF nº 144, demonstra-se que o STF determinou uma autocontenção à Justiça Eleitoral, pois vedou a possibilidade de, em seus julgados, os magistrados aceitarem a criação de sanções ou restrições de direitos não estabelecidas expressamente em lei. Esse entendimento do STF vincula à temática da legalidade abordada no estudo dos objetivos desse trabalho, em especial, sobre a possibilidade de novos tipos de abuso de poder.

No segundo capítulo parte-se das afirmações Souza Neto e Sarmento (2016) e de Marcos Ramayana (2009) sobre a concepção de que dificilmente existia na doutrina uma definição do que seja abuso do poder econômico ou político, o que leva a identificar certos parâmetros que funcionam como bússola para que sejam feitas as constatações por parte do intérprete. Desta forma, o legislador define situações fáticas caracterizadas como abuso de poder. Trata-se de fazer uso de uma “interpretação construtiva” (GALVÃO, 2014, p. 295), o que dá maior valor à densidade normativa. Nesta perspectiva, constrói-se pouco a pouco o sentido do abuso de poder ao longo da identificação dos parâmetros. Nesta discussão têm-se subitens que tratam, inicialmente, sobre a base legal, posteriormente, sobre os princípios empregados pelo TSE na configuração do significado de abuso de poder; por fim, destacam-se seus elementos quantitativos e qualitativos. Conclui-se que, na forma como é analisado o seu significado, não existe uma definição sobre abuso de poder, pode-se delinear quais abusos a lei define, mas as suas formas não, pois o abuso de poder se mostra no momento do exame do fato concreto.

No terceiro capítulo, apresentam-se os tipos de abuso de poder permitidos dentro do Estado de Direito, no qual a norma deve ser respeitada. Discute-se o abuso de poder econômico, abuso de poder político, ou de autoridade e do uso indevido dos meios de comunicação, com a apresentação de definição posta pela jurisprudência e com a demonstração de que, a depender do caso concreto, novos elementos qualitativos e o abuso de poder podem se adequar ao referido caso sem, necessariamente, inutilizarem a essência da norma. Em seus subitens analisam-se os possíveis “novos tipos” de abuso de poder em dois julgados importantes: o Acórdão no Recurso Ordinário - RO nº 2653-08 de 07.03.2017, que trata do abuso de poder religioso e o Acórdão no Recurso Especial Eleitoral - RESPe nº 28784 de 15/12/2015, sobre o abuso de poder cultural, direcionamento de votos feitos pelo cacique de uma aldeia, ambos de relatoria do Ministro Henrique Neves.

Por último, este texto traz uma conclusão provisória do estudo realizado, apresentando possíveis respostas aos problemas, resgatando os objetivos e a confirmação da hipótese proposta, momento em que se apresentam quais os parâmetros que definem abuso de poder existente na base legal, na jurisprudência e nos princípios utilizados pelos magistrados.

Como elemento pós-textual apresentam-se as fontes de pesquisa presentes nas “Referências”, que, em conjunto, possibilitaram o diálogo entre pesquisador/ autor e legislação, o que permitiu a fundamentação científica para a produção desta dissertação e, concomitantemente, oportunizar a continuidade deste estudo por outros pesquisadores que tenham interesse na área.

CAPÍTULO 1

PODER, DEMOCRACIA E JUSTIÇA ELEITORAL

A compreensão política estruturante da formação do Estado, das disposições do poder e suas vertentes, e do entendimento do porquê de se criar a Justiça Eleitoral e a sua perceptiva atual, servem para analisar os aspectos genéricos de abuso de poder. Especialmente em um país regido por uma constituição democrática vigente há quase trinta anos, vivenciando o que entendem os doutrinadores acerca de um estado democrático de direito.

Portanto, inicialmente, para se examinar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no presente trabalho, deve-se permitir fazer ponderações sobre essa Colenda Corte da qual serão extraídos os acórdãos para análise neste estudo. Consequentemente, também sobre a Justiça Eleitoral, conhecer os aspectos estruturantes, composição, e entender o porquê de sua escolha torna-se essencial para se delimitar, ou mesmo, justificar o objeto deste estudo.

Antes de se analisar a estrutura do Estado brasileiro, decide-se, neste trabalho, iniciar o exame sobre o poder como manifestação legítima; a democracia, modo pelo qual o poder se desenvolve nos Estados em que a participação do povo se faz obrigatória, de forma direta ou indireta, e interfere no modo de agir das instituições. Por fim, a Justiça Eleitoral, vista como algo essencial na legitimação do voto. Por isso, a abordagem do aspecto estrutural, os órgãos e o funcionamento, da Justiça Eleitoral, como também sua valoração histórico-política, sem se olvidar do aspecto jurisdicional. É, pois, sob o contexto do abuso de poder que se faz essa abordagem, entende-se, que se apresenta suficiente para compreensão dos aspectos sobre as manifestações de poder, a democracia, sua influência no Estado de Direito, e os limites impostos ao TSE.

1.1 O poder como manifestação do direito fundamental

Antes de se adentrar nos pormenores das ilicitudes, no combate ao exercício indevido de certos poderes determinado pela norma eleitoral, deve-se, primeiramente, compreender como se manifesta o poder dentro da sociedade. Bobbio

(2017), ao falar sobre as formas de poder, assegura que estão contidos em sequência os conceitos de Estado, política e poder. No presente item, diferentemente, não se apresenta uma classificação dos tipos de poder, mas confirmar que o poder deve ser compreendido como inerente ao exercício de um direito.

No surgimento do Estado houve a necessidade de se limitar e subjugar várias liberdades individuais, caso se entenda sobre o Estado como a construção de um pacto social, por meio de um contrato social (ROUSSEAU, 2003), para se submeter a um poder central. Há um exercício legítimo de poderes dentro do Estado e que podem se manifestar nas mais diferentes vertentes, ou por meio dos mais diferentes canais. Não há somente o poder do Estado imposto aos seus súditos, existem várias manifestações legitimamente aceitas pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, na relação de trabalho há a manifestação do poder empregatício (DELGADO, 2016, p. 664-665)¹⁰. Assim, várias vertentes de poderes se manifestam dentro de uma sociedade de forma legítima, pois se fazem necessárias.

Uma melhor compreensão sobre o problema do poder deve ser extraída da filosofia política, que a separa em três teorias fundamentais: a “substancialista”, a “subjativista” e a “relacional”. Todas são interessantes de se estudar, pois criam teorias para compreender como se manifesta, a sua natureza e, principalmente, como é concebido o poder (BOBBIO, 2017, p. 100).

Bobbio (2017, p. 100) afirma que “Nas teorias substancialistas, o poder é concebido como uma coisa que se possui e se usa como outro bem qualquer.” Este autor coloca, como exemplo de uma interpretação típica substancialista, a concepção de Hobbes sobre poder, para o qual o poder seria os meios utilizados hoje para obter um bem futuro desejado. Desse modo, a teoria substancialista pode muito bem ser empregada no modelo eleitoral brasileiro atual. Como se verá, a legislação eleitoral vigente, que uso abusivo do poder político, econômico e dos meios de comunicação são demandas consideradas ilícitas, visto que limita, como poder, a máquina administrativa, a riqueza e os meios de comunicação para conseguir o bem futuro, ser

¹⁰ Delgado entende que é assegurado um conjunto de prerrogativas ao empregador, que pode ser entendido como poder empregatício, que se traduzem no poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. Decorrem e são necessárias a manifestação desses poderes para a própria manutenção da relação de trabalho.

eleito, por exemplo. Ou seja, entende essa teoria que poder é tudo que for utilizado para se conseguir um bem futuro.

A segunda teoria, a subjetivista, entende como poder “não a coisa que serve para alcançar o objetivo, mas a capacidade do sujeito de obter certos efeitos, [...] Esse método é o adotado pelos juristas para definir o direito subjetivo” (BOBBIO, 2017, p. 101). Do mesmo modo do anterior, aqui dá para se trazer para o presente momento e para a norma eleitoral. Todavia, devem-se fazer algumas ressalvas, que frente à evolução do que é o direito subjetivo, se põe em dúvida se é necessário ou não a violação da norma para exercê-lo.

A terceira teoria remete ao que o autor considera ser o “[...] conceito relacional de poder e estabelece que por ‘poder’ se deve entender uma relação entre dois sujeitos dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria.” (BOBBIO, 2017, p. 101). Cabe ressaltar, portanto, que ao descrever essa teoria enquanto uma relação entre sujeitos, deixa claro que esse conceito está ligado ao conceito de liberdade, e que “os dois conceitos podem então ser definidos um mediante a negação do outro” (BOBBIO, 2017, p. 102). Em outras palavras, o exercício de um poder equivale ao exercício de um direito, ou liberdade, que limita a liberdade de outrem. Essa relação pode ser vista a partir do momento que um candidato se utiliza de certos meios, como, por exemplo, os meios de comunicação para desigualar o pleito. Nestas circunstâncias, diz-se haver abuso do exercício de poder, do uso indevido dos meios de comunicação, situação que fere o direito dos demais candidatos, assim como dos demais cidadãos, à igualdade de chances, pois fere a normalidade do pleito. Todos estes pontos serão vistos mais à frente, em outra seção do presente estudo.

Apesar de Bobbio (2017) ter feito essa diferenciação da teoria dos poderes, para depois discutir as formas de poder e o poder político, os tipos de poder e como também o problema da legitimidade, procurou falar do poder e do Estado. Faz-se necessário esclarecer que, neste trabalho, não se entende necessário desenvolver todas essas construções sobre a legitimidade política, mas tão somente demonstrar que pode haver diferentes formas de se analisar o poder, que devem ser consideradas pelo intérprete, principalmente no momento de apuração do abuso de poder ao caso

concreto, neste caso pode haver a limitação de liberdades individuais de forma abusiva pelo Estado, por meio do Poder Judiciário.

Portanto, considera-se que pode haver tantas manifestações de poderes quantos a lei permitir. Fica claro, nesta investigação, que não se pretende fazer qualquer nomenclatura sobre esses poderes, uma vez que se configura fuga ao que dispõe a norma, quanto aos abusos de poder que devem ser combatidos. Na verdade, os tipos de abuso de poder podem surgir a depender da imaginação do magistrado. Principalmente, como se verá nos itens 3.4.1 e 3.4.2 que tratam do abuso de poder cultural e religioso. A compreensão que emerge é que tais nomenclaturas não deveriam existir desde que sejam observadas as referidas teorias. Cabe, de antemão, esclarecer que o termo “abuso de poder religioso” foi colocado em vários acórdãos unicamente pelo fato de que os atos analisados como abusivos pelo TSE foram praticados por líderes religiosos. Nessa empreitada, poderia se criar várias outras nomenclaturas sobre abuso de poder, por exemplo, se o ato analisado decorre da manifestação do poder patriarcal, seria caso de abuso de poder patriarcal, pelo empregador, abuso de poder empregatício.

Cabe aqui uma crítica sobre a utilização dessas nomenclaturas, pois ao se colocar a palavra abuso como algo ilícito para noticiar condutas sobre um tipo de poder cuja lei dispõe nada em contrário, está de certa forma criando uma limitação sobre o gozo de uma liberdade, de um direito fundamental. Em outras palavras, se a norma não pune o abuso de poder eleitoral, mas sim o abuso de poder econômico e o uso indevido dos meios de comunicação pelas igrejas e líderes religiosos, qual a necessidade de alardear esse abuso de poder econômico, como abuso de poder religioso, somente por ter sido cometido por um líder religioso. Ao se fazer isso, pode haver uma rotulação a um grupo cuja liberdade é protegida pela Constituição. Essa conduta sim deve ser entendida como ilegal por ser discriminatória, pois pode de certa forma cometer abuso do poder Estatal e discriminar a manifestação religiosa de certos grupos, ou mesmo de interferir nas eleições. As notícias postas em qualquer tipo de mídia pode ser usada das mais diversas formas por adversários políticos nos processos eleitorais.

Essas construções de nomenclaturas sobre diversos abusos, quando o tipo de abuso de poder não é condenado pela lei fere diretamente o princípio da legalidade,

inciso II do art. 5º da CF/88. As condutas realizadas pelos candidatos e pelo povo durante o processo eleitoral não é regida pelo Direito Administrativo, mas pelo inciso referido. Assim, os poderes podem ser exercidos livremente durante o processo eleitoral. A norma eleitoral somente limita quais são as manifestações de poder devem ser coibidas: a econômica, política e do uso indevido dos meios de comunicação, portanto, todas as demais manifestações de liberdade devem ser toleradas.

A esse respeito, diferente posicionamento sobre legislação eleitoral poderia ser acarretado, lógico que dentro dessa análise, como mencionado na discussão sobre essas teorias, ao enfatizar-se mais o aspecto filosófico do que a vertente pertinente ao direito, no que concerne a possibilidade de haver infinitos tipos de abuso de poder. Não que há evidente ilicitude em criar novas nomenclaturas, mas é que não se faz necessário, visto que os pressupostos legais e principiológicos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, como se verá mais adiante, são suficientes para limitar quaisquer tipos de abuso de poder tendente a prejudicar os bens jurídicos tutelados pela legislação eleitoral, por meio de uma interpretação construtivista que respeite o Estado de Direito. Nesse sentido, não é importante apresentar várias classificações sobre os poderes existentes em uma sociedade, pois o preferível é conhecer suas teorias. Todavia, furtar-se-ia o presente trabalho se não apresentasse, ao menos, as classificações sobre os poderes que legitimam a dominação e que constituem o poder do Estado.

Marx Weber (2011, p. 59), cujo estudo versa sobre os poderes legítimos dentro de um estado, afirma que três seriam os fundamentos de legitimidade da dominação decorrentes da existência de três razões internas que a justificariam: primeiramente, do poder tradicional, essa manifestação decorre da autoridade do “passado eterno”, “dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito”, exemplo advindo dos antigos senhores de terras. Um segundo poder, muito utilizado nos dias atuais, refere-se ao “poder carismático”, que decorre da autoridade advinda dos dons pessoais de quem a exerce. “Tal é o poder “carismático”, exercido pelo profeta ou — no domínio político — pelo dirigente guerreiro eleito, pelo soberano escolhido por meio de plebiscito, pelo grande demagogo ou pelo dirigente de um partido político”. (WEBER, 2011, p. 77). O terceiro tipo seria o poder legal, “[...] em razão da crença na validade de um estatuto legal e de uma ‘competência’ positiva,

fundada em regras racionalmente estabelecidas ou, em outros termos, a autoridade fundada na obediência [...]”, essas questões reconhecem obrigações em conformidade com o estatuto que for estabelecido. Tem-se como exemplo, neste caso, a autoridade exercida por um servidor público. (WEBER, 2011, p. 77). Transferindo-se esse conceito de dominação de Weber (2011) para o contexto brasileiro, e confrontando-o com a curta história da república brasileira, observa-se que a justificativa empenhada na legalidade foi e é a utilizada no Brasil. Na história brasileira, a estrutura de dominação do Estado foi alicerçada em normas fundamentais¹¹ que se traduziram em uma certa legalidade.

Nesse contexto, deve-se esclarecer que a preocupação da Justiça Eleitoral brasileira não é com os tipos de poderes empregados por essas instâncias e seus grupos, que aspiram por esse poder legítimo. Nessa aspiração do domínio do Estado, a doutrina de Weber deixa claro que as pessoas que se entregam à política possuem somente uma concepção, querer o poder. Existem pessoas que entram na política sem desejar poder? Sobre o tema ensina Weber (2011, p. 58): “Todo homem, que se entrega à política, aspira poder – seja porque o considere como instrumento a serviço da consecução de outros fins, ideais ou egoístas, seja porque deseje o poder “pelo poder [...]”, para o autor o que move é a vontade de gozar do sentimento de prestígio que o poder confere.

Ainda sobre enfoque da distinção dos tipos de poderes de influência, ou dominação, sobre o poder que “está em condições de recorrer em última instância à força [...] que diz respeito ao meio de que se serve o detentor do poder para obter seus efeitos desejados.” No que concerne a poderes, Bobbio (2017, p. 107) conceitua três tipos: o econômico, o ideológico e o político. O primeiro se faz por meio da utilização de certos bens que estão em escassez e servem para induzir aqueles que não os possuem a ter certa conduta. O segundo ocorre quando pessoas investidas de certa autoridade fazem uso de ideias difundidas empregando determinados procedimentos. O terceiro é exercido por quem tem a posse de instrumentos por meio dos quais se utiliza da força física, ou seja, diz respeito ao poder coativo no sentido mais estrito da palavra.

¹¹ A exemplo citam-se as Constituições Federais de: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

Feitas estas diferenciações, limita-se nesse trabalho que o poder que a Justiça Eleitoral entende que o seu uso deve ser coibido, são aqueles praticados contra o voto, que é o meio pelo qual um cidadão pode alcançar dentro de um grupo, por uma forma legalmente legitimada, de poder fazer uso da força para obter “os efeitos desejados.” (BOBBIO, 2017, p. 107).

Portanto, cabe agora fazer uma terceira classificação do poder, direcionado sobre esses poderes que podem exercer influência sobre o voto. Fávila Riberio (1998, p. 29) dispõe uma classificação não diretamente em relação de um poder sobre o voto, mas sobre a relação de dominação e influência vista direcionando para o Brasil. Entende “como múltiplas vertentes de poder e suas dominantes influências” quatro tipos: cultural, social de comunicação, econômico e político. O autor começa pela vertente cultural por entender que é pouco mencionada, visto revelar-se de forma “sutil e dissimulada” (RIBEIRO, 1998, p. 30), mesmo assim de ampla relevância.

Revela, nesse sentido, que o poder está ligado aos centros intelectuais. E que se mostra interessante a análise colocada, pois ao se utilizar de razões técnicas ou científicas, tenta-se demonstrar certa imparcialidade, ou neutralidade, política para impor a vontade. Ou seja, usa-se de um argumento de neutralidade para suprimir quem discorda dos fundamentos utilizados por esses centros intelectuais. Deve-se destacar que ele não se refere somente a universidades, centro de ensino e pesquisa, mas todos os redutos das atividades intelectuais, como grandes empresas editoriais, ou seja, grandes meios de comunicação. (RIBEIRO, 2001).

Outra vertente, a social, ou como utilizada pelo autor, “o poder social da comunicação: a opinião pública manufaturada” (RIBEIRO, 1998, p. 40). Para ele, essa vertente se envolve na relação entre governantes e governados e se apoiam em dois instrumentos. O Primeiro é o sufrágio, “transmitindo a condição originária às investiduras eletivas dos representantes, por prazo certo”; O segundo revela-se por meio da “participação no influxo de opinião, dando margem aos representantes de se manterem atualizados sobre as renovadas aspirações coletivas, a que bem as possam interpretar.” (RIBEIRO, 1998, p. 41).

Em razão de se tornar uma engrenagem para o funcionamento da democracia dentro dessa relação do governante com os governados, e a partir do

“momento que se afirma como poder” a publicidade deve ser regrada de modo a não ferir o que foi chamado, nesse estudo, de igualdade de chances. É necessário haver a contenção dos excessos. Ademais, chega a se afirmar que, na maioria dos casos, a opinião pública seria nada mais do que a opinião publicada. (RIBEIRO, 1998, p. 41).

Antes de falar sobre a terceira e quarta vertentes, é importante informar que Ribeiro (1998) reconhece que os abusos relativos ao Direito Eleitoral no Brasil inscrevem-se nos campos político e econômico. Afirma que: “o poder econômico, o qual com o poder político figuram como os únicos que aparecem declinados na sistemática de controle em causações de abuso de natureza eleitoral.” (RIBEIRO, 1998, p. 50).

A terceira vertente, que trata do abuso de poder econômico, segundo Ribeiro (1998), começa no envolvimento de partido político, faz uso dos meios de comunicação e de negócios entre empresários e candidatos. O autor acha interessante observar que já nessa época, ao falar do abuso de poder econômico, deixava clara a existência de uma plutocratização na qual os partidos e os candidatos obtinham dinheiro e utilizavam tudo de modo a favorecer a troca de favores entre as empresas, candidatos e mandatários, de forma ilegal. Ou seja, alertava para o abastecimento das campanhas com dinheiro sujo, como se tem constatado pelas investigações da Lava Jato e dos processos que julgaram a chapa Dilma/Temer¹²:

Mas por trás, ou dito melhor, subterraneamente, há uma manipulação oculta, formada de complexas e multiformes estruturas organizacionais, com o seu planejamento lógico global, com a distribuição setorizada dos encargos, tudo se devendo cumprir dentro de meticulosa racionalização, absorvendo etapa por etapa do cronograma montado para contagem regressiva, tendo como marco delimitador a data das eleições, em decorrência da qual se desdobram e se exaurem todos os prazos. (RIBEIRO, 1998, p. 50).

Como se pode perceber nessa citação, em 1998, um esquema montado, em que tudo se assenta em estruturas empresariais com escriturações descartadas, “[...] ficando documentalmente dissimuladas as transações efetuadas, assimiláveis

¹² O TSE julgou a possibilidade de abuso de poder econômico, além de condutas vedadas e outras ilegalidades da chapa Dilma/Temer, que se tornaram vitoriosos na eleição para Presidente da República em 2014, nos processos Aije 194358, Aime 761 e RP 846. Apesar de não ter sido declarada a cassação, foi reconhecido nos votos da maioria a existência de transições obscuras na contabilização da prestação de contas da eleição, mas sem a gravidade do fato para se cassar o mandato.

entre parceiros de grandes negócios, que se compreendem e se apoiam nesses artifícios”. Em continuidade, Ribeiro (1998, p. 50) afirma que é muito difícil “[...] atravessar a crosta dessas organizações e localizar as marcas comprometedoras desse complexo de poderes, pois os registros contábeis exprimem trabalhos de delinquência da mais alta experiência, com armazenamentos cibernéticos removíveis [...]”, segundo a citação apresentava-se “com acessibilidade bloqueada ou embaraçada”. Assim, o autor comenta a afirmação de Ralph Miliband, em relação ao envolvimento dos empresários:

[...] a noção de que os empresários não estão diretamente envolvidos no governo e na administração (e ainda nas assembleias legislativas) é obviamente falsa. Eles estão envolvidos e tanto mais diretamente à proporção que o Estado passa a ocupar-se mais com a vida econômica; sempre que o Estado ‘intervém’, verificar-se-á que os homens de negócios, em uma posição excepcionalmente forte se comparada com outros grupos econômicos, influenciam e até mesmo determinam a natureza daquela intervenção (RIBEIRO, 1998, p. 50).

Nesta abordagem, Ribeiro (1998) sobre o abuso de poder econômico e a existência de um submundo onde o dinheiro correria solto como forma de tornar possível que um partido ou grupo político pudesse tomar conta do governo utilizando-se de “esquemas plutocráticos”, cuja tendência era a de que esses esquemas se multiplicariam de uma eleição para outra, o que deixou de ser uma suposição, para hoje ser verificada como uma realidade. Afirma que o poder econômico é o principal vetor que deve, obrigatoriamente, ser controlado pela Justiça Eleitoral.

A última vertente, a política é para Ribeiro (1998) a mais evidente. Decorre da interferência do Estado que a divide em duas modalidades: a forma institucional e a forma socialmente difusa. A primeira diz respeito ao uso dos atos do Estado, às políticas públicas prestadas, às obras realizadas, às leis aprovadas de forma a beneficiar certa candidatura. A segunda forma efetiva-se quando um candidato é beneficiado por entidades que recebem diretamente do Estado, ou mesmo, pela falta de democracia nos partidos políticos.

Apesar de se discorrer sobre estas várias vertentes de poder, ou dominação, Fávila Ribeiro (1998), ao descrever sobre a compreensão do abuso de poder e seu surgimento no direito privado, até a sua percepção no direito público, faz brilhante indagação sobre a problemática surgida no Direito Eleitoral na evolução do que é utilizado como forma de influenciar a liberdade do voto.

O fato é que, feitas essas abordagens, percebe-se no ordenamento jurídico uma evolução da democracia no Brasil, a ponto de após a vigência da Constituição de 1988, considerar que se vive em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, várias são as consequências para o sistema judicial e para o interprete. Destaca-se a necessidade de se respeitar a norma, o que determina que a Justiça Eleitoral combata o abuso em todos os seus flancos, somente de três tipos de poder: o econômico, o político e o dos meios de comunicação. Uma vez que, considerando o poder como decorrente de uma relação, a todo o momento pode o Estado deparar-se com certas liberdades que podem influenciar o voto, mas que, necessariamente, seu abuso não deve ser coibido.

1.2 A democracia: a fonte e a distribuição do poder no Brasil

Deve-se compreender o regime, forma e sistema de governo e Estado brasileiro para se entender a preocupação do Direito Eleitoral com algumas manifestações de poder. Não há dúvida de que no Brasil vige a democracia, uma vez que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, parágrafo único do art. 1º da CF/88. A democracia, no sentido etimológico da palavra, significa o “governo do povo”, o “governo da maioria”, conforme Rosenfield (1994, p. 07), vai prevalecer em uma primeira aproximação dessa forma de fenômeno político “[...] uma definição quantitativa. Basta lembrar que a democracia, na antiguidade grega, mais particularmente em Heródoto, era uma ‘forma de governo’ entre duas outras: a monarquia ou ‘governo de um só’ e a aristocracia ou ‘governo de alguns.

Ainda segundo o autor em tela, a democracia em seu início representaria a divisão tripartida das “formas de governo”, o “governo da maioria”, - organização da polis¹³. Se for feita uma análise em função da filosofia política clássica, cujo questionamento é o de qual seja a melhor forma de governo, essa questão foge ao critério meramente quantitativo. (ROSENFELD, 1994, p. 07). Não cabe destacar somente esses conceitos filosóficos, tendo em vista que diversas são as expressões ditadas pela história, como por exemplo: “[...] governo do povo, pelo povo e para o povo”, frase do famoso “discurso de Gettysburg”¹⁴ do 16º Presidente dos EUA

¹³ *Polis* - cidade

¹⁴ Disponível em: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=36&page=transcript>

Abraham Lincoln, sobre democracia. O parágrafo único, do artigo 1º da Carta Magna brasileira acompanha o entendimento do presidente americano para o qual o poder emana do povo.

Contudo, cabe destacar que apesar de se ter utilizado o termo forma de governo, o termo que para esse trabalho entende-se ser o melhor empregado é o de forma política de obtenção de poder, ou regime de manifestação de governo. Neste sentido, essa expressão é representada na Constituição Federal (BRASIL, 1988), que definiu seu regime de governo em suas primeiras palavras do preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...]”. Como se pode observar, ao se intitularem “representantes do povo brasileiro”, já é de forma redundante instituindo “um Estado Democrático”, não se tinha mais dúvida do regime de manifestação de poder adotado pela Constituição.

Não é simples conceituar ou definir a democracia, pois depende muito do viés adotado. Desse modo, apesar de se procurar ter apenas a pretensão de realizar uma breve apreciação desse ponto, deve-se compreender seus modelos e como se determina a democracia adotada no Brasil. Sobre o tema, Paulo Napoleão Nogueira da Silva afirma (1999, p. 63) que “A democracia não é forma, é substância”. Com isso, o autor apresenta a ideia de que “[...] a democracia é praticável tanto nos regimes republicanos, como nos regimes monárquicos; tanto nos sistemas de governo presidencialistas, como nos parlamentaristas, e nos diretoriais”.

Da leitura empreendida acerca desse tópico, pode-se concluir que a democracia deve ser considerada como algo do povo, não depende de que regime ou sistema de governo esteja vinculado, mas se está ou não ocorrendo a participação popular. Dito isso, ressalta-se, que a democracia do Brasil convive com o regime republicano de sistema presidencialista, sistema este ratificado pelo plebiscito de 1993. Silva (1999) propositalmente mistura regime e forma de governo, o que não vem ao caso fazer essa diferenciação profunda, apesar de se entender serem instâncias diferentes.

Voltando ao conceito de democracia, sabe-se que esta caracterize a ideia de “substância”, a ideia de participação popular. Todavia, indaga-se: como se

manifesta essa participação do povo na emanção de poder dentro da sociedade, em especial, na sociedade brasileira? Em resposta, Silva (1999, p. 64) adverte que deve ser, sempre que possível feita de forma direta:

[...] a existência de um Estado tal como desejado e consentido pelo povo, e de um governo exercido com a participação tão direta quanto possível de cada cidadão nas decisões político-governamentais, e com direitos oponíveis pelos cidadãos contra o Estado sempre que este exorbite de sua autoridade.

O fato é que não existe democracia com a participação direta de todo um povo. Tanto é que Rousseau (2003, p. 71-73), em seu pessimismo lógico, dizia que: “Rigorosamente nunca existiu verdadeira democracia, e nunca existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e seja o pequeno governo” [...] “Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente”.

É fácil de entender essa afirmação sobre a impossibilidade de se ter uma manifestação de poder de forma perfeita, em que todo o povo toma diretamente as decisões de governo de forma direta e em consenso, pois a regra é que cada indivíduo procura decidir pelos seus interesses individuais. Não tem como existir consenso, mesmo dentro de um mesmo grupo ou povo. Cabe destacar que o auge da participação direta de um povo na tomada de decisões foi na Grécia antiga, quando os cidadãos da polis iam para as praças e decidiam as questões de Estado e do Governo. No Brasil, as questões de Estado e Governo, conforme disposto na Constituição de 1988, em regra, são realizadas por meio da democracia semidireta, cujas classificações Lenza (2011, p. 1015-1016, grifo nosso) apresenta, de modo geral, em três espécies de regimes democráticos:

a) **democracia direta**, em que o povo exerce por si o poder, sem intermediários, sem representantes; b) **democracia representativa**, na qual o povo, soberano, elege os representantes, outorgando-lhes poderes, para que, em nome deles e para o povo, governem o país; e c) **democracia semidireta ou participativa**, um “sistema híbrido”, uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta, a qual, conforme observação de Mônica de Melo, constitui um mecanismo capaz de propiciar, além da participação direta, concreta do cidadão na democracia representativa, controle popular sobre os atos estatais”.

Segundo o autor a democracia participativa ou semidireta é “[...] assimilada pela CF/88 (arts. 1.º, parágrafo único, e 14)”, o que possibilita caracterizar-se, na atualidade, uma forma de apontar a “[...] participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício da soberania que se instrumentaliza por meio

do plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como pelo ajuizamento da ação popular”.(LENZA, 2011, p.1015-1016).

Por não ser esse o objeto do trabalho, resume-se o que foi exposto ao afirmar que hoje prevalece uma democracia representativa no Brasil, dentro de um regime semidireto, no qual aos representantes são delegados os poderes para tomar as decisões importantes do Governo e da criação das leis. Há, contudo, também a participação direta na tomada de algumas decisões do país, por meio, principalmente, de três institutos: a iniciativa popular (arts. 14, III, e 61, § 2º, da CF/88), o referendo popular (arts. 14, II, e 49 XV, da CF/88) e o plebiscito (arts. 14, I e 18, §§ 3º e 4º da CF/88).

Discursões sobre o efeito da democracia, especialmente na seara eleitoral será feita nesse trabalho, após se dissertar sobre a importância do terceiro ponto, a Justiça Eleitoral, em especial, o Tribunal Superior Eleitoral.

1.3 O Tribunal Superior Eleitoral: protagonismo na apuração do abuso de poder

Não é difícil destacar o protagonismo do Tribunal Superior Eleitoral, basta entender sua história, estrutura e competências. Além disso, deve-se enfatizar a natureza de suas decisões e a consequência do seu trabalho: dar legitimidade ao pleito eleitoral. Por isso que se faz obrigado dividir esse item.

1.3.1 A Justiça Eleitoral e o Tribunal Superior Eleitoral: uma Justiça especial desde o seu surgimento

À Justiça Eleitoral recai o ônus de garantir lisura ao sufrágio, ou melhor, a tutela de todos os bens jurídicos intrínsecos à democracia brasileira. Da necessidade de se fiscalizar, frear, controlar o abuso de poder foi criada a Justiça Eleitoral com funções administrativas, regulamentadoras e judiciais diferenciadas.

Esta afirmação pode ser comprovada quando se entende os aspectos históricos do surgimento da Justiça Eleitoral, seu papel no Direito brasileiro, e as competências que a ela foram concedidas e que a distinguem, especialmente o Tribunal Superior Eleitoral, entre todas as demais.

Quanto ao surgimento da Justiça Eleitoral, a leitura pertinente registra que esse ente jurídico especializado foi criado pelo Código Eleitoral de 1932, por meio do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932¹⁵, sendo instalado o Tribunal Superior Eleitoral em 20 de maio de 1932, sob a presidência do Ministro Hermenegildo de Barros, então Vice-presidente do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2005).

Apesar da Constituição de 1934 ter ratificado em seu texto a permanência da Justiça Eleitoral, em 1937, em razão de uma nova carta constitucional elaborada com o intuito de fundamentar a ditadura do Estado Novo, os dispositivos que trataram do tema não foram mantidos. De qualquer modo, ela volta a ser instalada em primeiro de junho de 1945, sob a presidência do Ministro do Supremo Tribunal Federal José Linhares, três dias após a edição do Decreto nº 7.586, de 28 de maio de 1945, que criou o Tribunal Superior Eleitoral. (BRASIL, 2005).

Deve-se esclarecer que o Tribunal Superior Eleitoral e o Congresso Nacional brasileiro consideram que a criação do Tribunal Superior Eleitoral se deu no ano de 1945, e não no ano de 1932. Tal entendimento extrai-se do fato de que em 2005 foram realizadas audiências públicas em comemoração aos 60 anos da Justiça Eleitoral, tanto no Tribunal Superior Eleitoral como no Congresso Nacional. (BRASIL, 2005).

¹⁵ Abaixo trecho do decreto de 1932 cuja leitura deixa clara a criação da Justiça Eleitoral e de um Tribunal Superior: PARTE SEGUNDA. Da Justiça Eleitoral. Art. 5º É instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas. Parágrafo único. São órgãos da Justiça Eleitoral: 1º) um Tribunal Superior, na Capital da República; 2º) um Tribunal Regional, na Capital de cada Estado, no Distrito Federal, e na sede do Governo do Território do Acre; 3º) juízes eleitorais nas comarcas, distritos ou termos judiciários. Art. 6º Aos magistrados eleitorais são asseguradas as garantias da magistratura federal. Art. 7º Salvo motivo justificado perante o Tribunal Superior, a exoneração de seus membros ou a de membros dos Tribunais Regionais somente pode ser solicitada dois anos depois de efetivo exercício. Art. 8º Ao cidadão, que tenha servido efetivamente dois anos nos tribunais eleitorais, é lícito recusar nova nomeação. CAPÍTULO I DO TRIBUNAL SUPERIOR Art. 9º Compõe-se o Tribunal Superior de oito membros efetivos e oito substitutos. § 1º É seu presidente o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal. § 2º Os demais membros são designados do seguinte modo: a) dois efetivos e dois substitutos, sorteados dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois efetivos e dois substitutos, sorteados dentre os desembargadores da Corte de Apelação do Distrito Federal; c) três efetivos e quatro substitutos, escolhidos pelo Chefe do Governo Provisório dentre 15 cidadãos, propostos pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Somente pode figurar na proposta quem reúna os seguintes requisitos: 1º) ter notável saber jurídico e idoneidade moral; 2º) não ser funcionário demissível *ad nutum*; 3º) não fazer parte da administração de sociedade ou empresa que tenha contrato com os poderes públicos, ou goze, mediante concessão, de isenções, favores ou privilégios; 4º) ser domiciliado na sede do Tribunal.

Não obstante o hiato de 08 (oito) anos desde a criação da Justiça Eleitoral, entende-se neste trabalho que o ano de 1932 foi de fundamental importância, não só pela criação do primeiro código, mas, principalmente, serviu para entender os propósitos da criação da Justiça Eleitoral. (VALE, 2011, p. 28). Tendo em vista o contexto histórico da época, no qual a sociedade não confiava nos políticos, tentou-se passar para o poder judiciário a responsabilidade de moralizar o sufrágio e o processo eleitoral como um todo. Condições que possibilitariam a legitimidade da democracia brasileira, abalada pelos demais poderes. (VALE, 2011, p. 28).

A criação da Justiça Eleitoral foi o meio utilizado para demonstrar que não seriam mais toleradas as práticas ilegais para a manutenção do poder pelas classes dominantes: os coronéis,¹⁶ que, como regra, faziam uso de práticas que maculavam o sufrágio. A Justiça Eleitoral, no entendimento das pessoas que fizeram a “Revolução de 30”, foi considerada como uma forma de romper com o passado arcaico e dominado pelas oligarquias rurais, para os quais:

[...] buscou-se estabelecer novas práticas eleitorais como maneiras de implementar esses valores no processo eleitoral. A necessidade de criação dessas práticas partia de determinada memória construída sobre o passado [...] Para dar início a esse processo de implantação de novos valores eleitorais, o Governo Provisório criou uma comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho resultou na elaboração do primeiro Código Eleitoral do Brasil.

[...] Assim, o Código enfatizava a necessidade de se combater as fraudes e o caos eleitoral existentes até então, lançando o desafio de moralizar todo esse processo. O voto manipulado pelas elites oligárquicas haveria de se tornar um elemento de higidez do processo eleitoral. Para isso, o voto secreto foi considerado a grande garantia a ser dada pela recém-nascida Justiça Eleitoral. No Código, duas estratégias foram engendradas para garantir a eficácia do voto secreto: o envelope uniforme oficial, que não poderia ter marcas que o identificasse, dentro do qual seria inserida a cédula; e o “gabinete indevassável”, uma cabine que isolaria o cidadão no momento do envelopamento da cédula. Tais estratégias foram responsáveis pela construção de um simbolismo em torno do individualismo do voto. O eleitor

¹⁶ Os Coronéis eram os chefes locais que conseguiam se manter no poder por meios de abuso de poder. Essa prática do coronelismo pode ser conceituada, conforme Nunes Leal (1997, p. 40), da seguinte forma: “é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terra. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil”. Para melhor compreensão ver: JANOTTI, M. L. M. O coronelismo: uma política de compromissos. São Paulo: Brasiliense, 1981; ver também: CARVALHO, CARVALHO J. M. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997; ver também: SAES, D. *Coronelismo e Estado burguês: elementos para uma reinterpretação*. In: Estado e democracia: ensaios teóricos. Campinas: UNICAMP, 1998; FARIAS, F. P. *Clientelismo e democracia capitalista: elementos para uma abordagem alternativa*. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 15, p. 49-65, nov.2000.

de massa, sem vontade própria que servia apenas aos interesses dos poderosos da República Velha, passa a ser um indivíduo que deveria ser protegido de qualquer investida externa que maculasse o exercício de sua vontade. Além do gabinete indevassável e dos envelopes oficiais, a previsão do uso da *máquina de votar* aparece também como um indício desse processo de construção do eleitor-indivíduo. (CAJADO, 2012, p. 30).

Nos mais de 80 anos de sua criação, a Justiça Eleitoral, notadamente, o Tribunal Superior Eleitoral, tem se revelado de grande importância para a garantia e manutenção da democracia, sendo seu trabalho reconhecido pela sociedade brasileira, aspecto que se confirma em pesquisa feita no ano de 2006 pelo Instituto NEXUS (2006), a Justiça Eleitoral foi considerada a instituição mais confiável do Brasil¹⁷.

Destaca-se na estrutura organizacional o fato de a Carta Magna vigente ter mantido no art. 118, praticamente, os mesmos órgãos da Justiça Eleitoral desde a sua criação (VALE, 2011, p. 28): o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais (BRASIL, 1988).

Considerando-se que ao presente trabalho interessa o TSE, cabe fazer algumas considerações importantes sobre esse órgão. Primeiro, apesar de ser uma Corte Superior de jurisdição, sua composição não é formada por membros de carreira. O TSE é composto por 07 (sete) Ministros, sendo: 03 (três) Ministros do Supremo Tribunal Federal, 02 (dois) Ministros do STJ e 02 (dois) juristas, que são advogados indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República (BRASIL, 1988, art. 119).

Observa-se que, dos três ministros do Supremo Tribunal Federal, obrigatoriamente um será o presidente, e outro o vice-presidente do TSE. Diferentemente de outras justiças, apesar de exercerem cargos administrativos, esses

¹⁷ “A Justiça Eleitoral teve avaliação positiva por parte de 88,7% dos entrevistados. Além disso, 88% confiam totalmente ou em parte nos resultados da eleição, sendo que 53,5% confiam plenamente. No ranking das instituições, depois da Justiça Eleitoral, as mais confiáveis são o Poder Judiciário e o Governo Federal. A instituição também é vista como eficiente por 76,3% dos eleitores e ágil na apuração segundo outros 87,9% dos entrevistados.” Dados postos em notícia divulgada no seguinte endereço eletrônico: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-eleitoral-e-instituicao-mais-confiavel-diz-pesquisa,20061215p60248>

dois ministros compõem a Corte e votam. O cargo de Corregedor Geral do Tribunal Superior Eleitoral é exercido por um Ministro do STJ (BRASIL, 1988).

Também, importante ressaltar que os Ministros Juristas são advogados e, ao assumirem o cargo de Ministro do TSE, continuam exercendo a profissão, exceto na Justiça Eleitoral. Ademais, o TSE deixou claro na petição 3020/2009 que “[...] a restrição prevista no art. 95, parágrafo único, V, da Constituição não se aplica aos ex-membros de Tribunais Eleitorais, oriundos da classe dos juristas”.¹⁸ Essa composição mista das Cortes Eleitorais, tanto do TSE como dos Tribunais Regionais Eleitorais (membros oriundos da magistratura de Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça dos Estados, advogados e de juízes de primeiro grau estaduais), de mandato de 02 anos influi na dinâmica da formação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. (ALMEIDA, 2016, p. 140).

Quanto ao juiz de base, que prolata a sentença em geral para os casos que envolvem eleições de prefeitos e vereadores, quem assume o papel de magistrado eleitoral não é um juiz federal, mas um da justiça comum, estadual. Não existe uma carreira de juiz eleitoral, há a rotatividade do cargo o que poderia contribuir para maiores mudanças na jurisprudência local. (CÂNDIDO, 2016, P 48)).

A Justiça Eleitoral tem muitas outras peculiaridades, possivelmente decorrentes do momento em que foi criada. O momento histórico em que surgiu, que determinou a necessidade de passar para a justiça competências de fiscalizar o abuso de poder, regulamentar o processo eleitoral e julgar os processos judiciais decorrentes das eleições (GUERZONI FILHO, 2004, p. 41). Em suma, combater em todos os flancos o abuso de poder e exclusividade para regulamentar as eleições, sequer o CNJ pode interferir na regulamentação, ainda que administrativa¹⁹.

18 Petição nº 3020, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 04/08/2010, Página 142

19 PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATUAÇÃO DIRETA PERANTE TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL E INTERFERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DAS ELEIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL.

PROCESSO RESOLVIDO.

I - A missão constitucional confiada à Justiça Eleitoral é a de garantir que a soberania popular se manifeste da forma mais livre e democrática possível.

II - O CNJ não tem competência para se imiscuir na administração das eleições em razão da atribuição exclusiva que o Poder Constituinte originário confiou privativamente aos órgãos da Justiça Eleitoral.

Ademais, em razão de, em regra, não existir um direito individual e privado a ser tutelado na Justiça Eleitoral, mas tão somente um direito público, cujo objeto final tutelado é a própria democracia, a Justiça Eleitoral conta com prazos mais céleres, aplica-se o que se denomina princípio da celeridade. (COELHO, 2012). Além disso, em decorrência dessa necessidade de se guardar, de tutelar a democracia e assegurar a legitimidade das eleições é que as competências concedidas à Justiça Eleitoral foram bastante abrangentes, extrapolando as competências de qualquer outro Tribunal Superior. (GUERZONI FILHO, 2004, p. 41).

Sobre as suas competências, pode-se observar que foram mantidas, quase em sua totalidade, no texto constitucional atual as competências originais criadas há mais de meio século quando do código de 1965. A Constituição Federal em seu artigo 121²⁰ destaca que as competências dos órgãos da Justiça Eleitoral serão estabelecidas por meio de lei complementar. Ou seja, lei complementar deveria discriminar quais seriam as competências do Tribunal Superior Eleitoral. Não havendo, a parte do Código Eleitoral de 1965 que trata das competências do Tribunal Superior, artigos 22 e 23²¹, foram recepcionados como Lei Complementar.

Analisando esses artigos, constata-se que o art. 22 dispõe sobre as competências jurisdicionais, enquanto o art. 23 trata das competências administrativas. Deve-se esclarecer que a competência administrativa no âmbito da Justiça Eleitoral não é somente para produção de atos administrativos de gestão, mas a de gerir todo o processo eleitoral. Provavelmente, essa competência seja mais importante que a própria competência jurisdicional.

Conforme o princípio geral de processo, a função jurisdicional aparece tão somente quando se existe uma lide que nasce de uma pretensão resistida, uma violação de um direito (ALVIM, 2015, p. 38). Portanto, essa função seria exercida ocasionalmente enquanto a de organização consome grande parte da estrutura da

III - As matérias que possuem disciplina específica na Justiça Eleitoral não se inserem na competência do CNJ, de modo que não lhe incumbe regulamentá-las nem determinar sua aplicação no âmbito desta Justiça Especializada.

IV - Processo administrativo resolvido.

(Processo Administrativo nº 215606, Acórdão, Relator(a) Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 207, Data 26/10/2010, Página 35)

²⁰ CF/88 Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

²¹ Importante conhecer as competências do Tribunal Superior Eleitoral, que estão dispostas no Código Eleitoral (artigos 22 e 23).

Justiça Eleitoral. Acrescenta-se a este aspecto o fato de que muitos dos processos judiciais na Justiça Eleitoral não nascem de uma lide, mas da própria função fiscalizadora, ou administrativa, da Justiça Eleitoral, por exemplo, o pedido de registro de candidatura.

Não há necessidade, nesse trabalho, de se ater a esses aspectos estruturantes do processo para diferenciar quando são competências administrativas e quando são judiciais por não interessar ao tema. Também, porque, em muitos casos, a distinção não é do processo em si, mas de simples disposições regulamentares da Justiça Eleitoral, o que demandaria uma análise mais complexa. Não fosse isso, há funções que fogem ao aspecto administrativo e judicial estritamente conceituada, como a competência do TSE de gerenciar o cadastro de eleitores e dos filiados dos partidos de todo o Brasil, no qual se expedem certidões de composição partidária para abertura de contas, fiscalização de gastos dos partidos políticos, apreciam-se as prestações de contas (por força normativa passaram a ser da função judicial), expedem-se instruções para as eleições (BRASIL, 2009). Em suma, conforme dispõe o inciso XIII do artigo 23 do Código Eleitoral, pode o Tribunal Superior Eleitoral “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral” (BRASIL, 1964).

Nessa senda, dentre as funções administrativas, podem-se destacar duas que extrapolam a simples administração a ponto de serem consideradas como carta branca para legislar. A primeira está no inciso IX, art. 23: expedir as instruções que julgar conveniente à execução deste código; a segunda é a de tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes. Com base nesses dispositivos, o TSE edita as resoluções de caráter normativo e vinculativo para toda a Justiça Eleitoral.

O artigo 1º²², parágrafo único, do CE, também respalda criação das resoluções. Existem outros dispositivos pós a Constituição Federal que asseguraram

²² Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.
Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

esse poder de expedir resoluções que se equiparam a verdadeiras normas, como o do artigo 105²³ da lei nº 9.504/97, para a regulamentação do processo eleitoral.

Esses dispositivos consagram ao TSE a função para produzir não só atos meramente administrativos, mas atos normativos de efeitos externos, principalmente, aqueles decorrentes de sua competência de fiscalização e regulamentação das eleições. Essas funções, como já ressaltadas, vão muito além dos aspectos gerais administrativos aplicados às demais justiças integrantes do Poder Judiciário pátrio (ALMEIDA NETO, 2014, p. 53).

A propósito, toma-se como exemplo a Resolução do TSE nº 22.610/2007, que trata da fidelidade partidária, quando analisada, pode-se concatenar que o TSE passou a ter uma competência normativa equivalente à do Congresso Nacional, pois criou sanções de perda do mandato por infidelidade partidária, prazos processuais, a exemplo de o Ministério Público poder manifestar-se²⁴. Nesse sentido, o Supremo já declarou que essa resolução é constitucional.

Outro ponto interessante que faz da Justiça Eleitoral ímpar no ordenamento pátrio é a competência disposta no art. 23, XII, CE, de “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político; [...]” (BRASIL, 1964). Apesar de ser uma decisão na esfera da competência administrativa dos Tribunais e não ter, em tese, força vinculante a outros julgamentos futuros, expressa uma posição da Corte que a julgou sobre o tema, ou seja, se expedida pelo TSE é considerada uma orientação com grande carga impositiva sobre os demais Tribunais Regionais e Juízes Eleitorais, ainda que não normativa, mas moral e cultural serão seus efeitos vinculantes.

A esse respeito, acrescenta-se que a consulta é uma pergunta que se faz em tese, que não pode versar sobre caso concreto. Para melhor entendimento, observe-se esse exemplo, tanto o TSE quanto o TRE podem editar resolução e

²³ Lei 9504/95 art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.

²⁴ Esse poder normativo, pode ser visto na Resolução 22.610 quando da criação de prazo para o Ministério Público, conforma o artigo abaixo:

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o Tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

responder a consultas. Ainda que o TSE tenha respondido a uma consulta, e um TRE respondido a essa consulta de modo diferente, aquela não anula esta, posto que não há vinculação, mas orientação. (RAMAYANA, 2009).

Por fim, pode-se afirmar que para garantir a legalidade e a legitimidade do sufrágio, a Justiça Eleitoral faz uso de inúmeros instrumentos processuais administrativos e judiciais. Esta é a Justiça cujo uso do princípio da inércia não é a regra, pois ela tem o dever de fiscalizar (poder de polícia), normatizar e julgar as lides referentes ao pleito Eleitoral utilizando-se de fatos ainda que não apresentados pelas partes se conhecidos pelo magistrado. (BRASIL, 1947)²⁵.

Como se não bastassem todas as competências e poderes enumerados, observa-se que a Constituição Federal colocou o Tribunal Superior Eleitoral como Corte final de julgamento de matéria eleitoral constitucional. Entendimento tirado da leitura do inciso I do § 4º, do artigo 121 da CF.²⁶ Por isso que, como regra, as decisões do TSE são irrecorríveis e o Recurso Especial deve trazer toda a matéria constitucional a ser debatida.

Pode-se afirmar, também, que a Justiça Eleitoral se tornou institucionalmente fortalecida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando a ter um papel fundante na condução de um processo eleitoral legítimo. Talvez pela própria “constitucionalização do Direito” destacado pelo Ministro Barroso (2016). Sentido que pode ser utilizado para a Justiça Eleitoral sob dois aspectos, encontra-se estruturada na Carta Magna vigente, como também a Constituição ter alçado a grande parte dos direitos políticos e partidários, bases do Direito Eleitoral,

25 Na Justiça Eleitoral pode-se agir de ofício quando vislumbrar fraude, ou ilegalidades na apuração, como posto nos art. 165, §3º e art. 166, §2º do CE. O juiz eleitoral tem poder de polícia conforme art. 35, incisos IV, V e XVII, art. 129 e art. 242, parágrafo único, todos do Código Eleitoral. Além disso, o art. 23 da LC/90 afirma que “O Tribunal formará sua convicção **pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida**, atentando para circunstâncias ou fatos, **ainda que não indicados ou alegados pelas partes**, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

²⁶ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. (...). § 3º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança.

§ 4º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

- I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
- II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- V - denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.

como direitos e garantias fundamentais.

Com isso, a higidez e a força da Justiça Eleitoral para combater o desequilíbrio nas eleições registraram um crescimento exponencial após a Constituição Federal (ROCHA, 1998). Ademais, não bastasse o fortalecimento normativo, com a constituição, houve como consequência uma evolução nos efeitos do julgamento do Tribunal Superior Eleitoral. Nesse passo, cabe destaque a possibilidade do precedente e sua aplicabilidade no Direito Eleitoral, como se registram nesta discussão.

1.3.2 O precedente e o *prospective overruling* na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

Encontra-se frequente a discussão nos dias atuais, especialmente com a vigência do novo CPC, do aproveitamento do precedente como técnica de gerenciamento processual e judicial, controle do excesso de demandas, economia e padronização processual, principalmente por razões de gestão e padrões decisórios, que para Dirlei Nunes (2012) seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.

De todo modo, esse debate no Direito Eleitoral não é recente. Como mencionado, a Justiça Eleitoral foi criada com uma função diferenciada, e entre uma das suas excepcionalidades, destaca-se o que José Rogério Cruz e Tucci (2010) entendiam como a vigência do precedente com efeito vinculativo na Justiça Eleitoral, pois, entendia que o Código Eleitoral admitia o prejulgado, ou precedente, em razão do artigo 263 do Código Eleitoral: “Art. 263. No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal”. (BRASIL, 1965).

Nesse sentido, o artigo 263 do Código Eleitoral - CE dispõe claramente que para se modificar uma jurisprudência durante o mesmo pleito eleitoral é necessário que a votação no julgamento ocorra pela maioria de dois terços dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

Apesar de ser um avanço inacreditável, o Tribunal Superior Eleitoral, ao

julgar um Recurso Especial Eleitoral em 199227, entendeu como não recepcionada essa norma pelas constituições seguintes, afirmando nos fundamentos do acórdão, principalmente, que a Constituição de 1988 e anteriores, por pertencerem ao sistema da civil law não balizavam o efeito vinculativo às decisões, ainda que prejudgados e súmulas. Colhe-se dos votos do Relator Ministro Sepúlveda e do Ministro Carlos Veloso que os parâmetros utilizados para não reconhecer a constitucionalidade foram os julgados do Supremo Tribunal Federal -STF: ADI 594/DF, sobre as súmulas do Superior Tribunal de Justiça-STJ, e a Representação 946/77, dos prejudgados do Tribunal Superior do Trabalho -TST (BRASIL, 1992).

Acontece que, praticamente, 10 anos após o TSE reconhecer a norma como não recepcionada pelas Constituições posteriores, em julgado totalmente distinto, ao se tentar retirar do texto constitucional a necessidade de aplicação do princípio da segurança jurídica para os julgamentos do TSE, o STF28 reconheceu o efeito vinculativo dos julgados da Corte Eleitoral.

Tal mudança deve-se, especialmente, em razão do reconhecimento das particularidades das competências do TSE no âmbito do Poder Judiciário como ente normativo do processo eleitoral e fiscal do regime democrático. Assim, entende-se nesse trabalho que o artigo 263 do CE ainda se encontra vigente, apesar do Tribunal Superior Eleitoral já ter decidido no acórdão nº 12.501, publicado no Diário de Justiça em 11/03/1993, quando do julgamento do Recurso 9.936 de Nova Friburgo, que o

²⁷ Acórdão 12.501 julgado em 14/09/1992, publicado no Diário de Justiça em 11/03/1993, cuja ementa é a seguinte:

I. RECURSO ESPECIAL: REGULARIDADE DA REPRESENTACAO DO PARTIDO POLITICO PELO DIRETORIO MUNICIPAL NA SUA INTERPOSICAO: REVISAO, POR MAIORIA ABSOLUTA DE VOTOS, DA JURISPRUDENCIA ANTERIOR: INEXIGIBILIDADE, PARA A REVISAO, DA MAIORIA QUALIFICADA DE DOIS TERCOS, PORQUE INCOMPATIVEL O ART. 263 DO CODIGO ELEITORAL COM AS CONSTITUICOES POSTERIORES.

II. INELEGIBILIDADE: PREFEITO, AINDA QUE TENDO RENUNCIADO NO PRAZO DO ART. 14, PARAGRAFO 6, DA CONSTITUICAO, E INELEGIVEL PARA VICE-PREFEITO NO PERIODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR: INTELIGENCIA COMPREENSIVA DO ART. 14, PARAG. 5, DA CONSTITUICAO FEDERAL, DE MODO A INIBIR A FRAUDE AO DOGMA CONSTITUCIONAL DE IRREELEGIBILIDADE DOS CHEFES DO PODER EXECUTIVO, PERMITINDO-LHES ATINGIR, POR VIA INDIRETA A RECONDUCAO AO EXERCICIO DO MANDATO QUE, OSTENSIVAMENTE, A CONSTITUICAO LHES VEDAVA.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 9936, Acórdão nº 12501 de 14/09/1992, Relator(a) Min. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 4, Tomo 4, Página 207 PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/09/1992 DJ - Diário de Justiça, Data 11/03/1993, Página 3478).

²⁸ O Tribunal Pleno do STF julgou em 01/08/2012 o RE 637485, do Relator(a): Min. GILMAR MENDES, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013, cuja ementa será transcrita e analisada nesse trabalho.

referido artigo não teria sido recepcionado pelas constituições posteriores, pois não haveria a possibilidade de a jurisprudência ter caráter vinculativo no Brasil.

Passados mais de 10 anos desse julgado, como foi mencionado, houve no ordenamento jurídico brasileiro uma mudança de postura, mormente quanto ao uso de instrumentos isolados do sistema jurídico do *civil law*. Este sistema jurídico, historicamente adotado no Brasil, passou a aceitar instituições jurídicas das tradições do *common law* e do *stare decisis*. (GUEDES; PÁDUA, 2015).

Destaca-se a técnica do *prospective overruling*. Quando uma Corte reconhece que para determinada matéria deve-se aplicar a técnica de *prospective overruling*, que devido à construção de uma jurisprudência sobre determinado tema, não pode haver uma mudança significativa sem que haja um período de adaptação. (GUEDES; PÁDUA, 2015).

Em outras palavras, demonstra-se que a jurisprudência de determinada corte tem caráter vinculante, não podendo haver mudança de entendimento sem que haja desrespeito ao princípio da segurança jurídica. Esse entendimento está de acordo com o artigo 263 do Código Eleitoral, cujo conteúdo foi considerado não recepcionado.

O julgado do Supremo Tribunal Federal, que passou a reconhecer a importância do TSE e das matérias de sua competência, recriando de forma indireta o instituto do precedente para essa Corte, considerado de suma importância para certificar que o TSE é uma corte diferenciada e que existe certa carga vinculativa em seus julgados. A seguir, apresenta-se a ementa do acórdão no julgamento do RE 637485, que por si explica essa importância dada às decisões do TSE:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. I. REELEIÇÃO. MUNICÍPIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PREFEITO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRA ELEIÇÃO EM CARGO DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE EM MUNICÍPIO DIVERSO. O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado “prefeito itinerante” ou do “prefeito profissional”, o que

claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro município da federação.

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). **Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE.** Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

III. REPERCUSSÃO GERAL. Reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais atinentes à (1) elegibilidade para o cargo de Prefeito de cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos em cargo da mesma natureza em Município diverso (interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição) e (2) retroatividade ou aplicabilidade imediata no curso do período eleitoral da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que implica mudança de sua jurisprudência, de modo a permitir aos Tribunais a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada.

IV. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso extraordinário provido para: (1) resolver o caso concreto no sentido de que a decisão do TSE no RESPE 41.980-06, apesar de ter entendido corretamente que é inelegível para o cargo de Prefeito o cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em Município diverso, não pode incidir sobre o diploma regularmente concedido ao recorrente, vencedor das eleições de 2008 para Prefeito do Município de Valença-RJ; (2) deixar assentados, sob o regime da repercussão geral, os seguintes entendimentos: (2.1) o art. 14, § 5º, da

Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; (2.2) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. (BRASIL, STF, 2012, grifo nosso).

A leitura desta ementa é de uma clareza e objetividade que dispensa transpor partes do fundamento do acórdão para análise. A partir dessa decisão, o STF passou a entender que os julgados do Tribunal Superior Eleitoral devem cumprir o princípio da segurança jurídica, em especial, quando se tratar de mudança abrupta de jurisprudência, o que resulta na obrigação da aplicação de um efeito diferido da eficácia do julgado.

Assim, o STF, ao reconhecer que por se tratar de decisões que envolvam direito político constitucional, deve haver um mínimo de presunção do resultado, ou seja, de aplicação da segurança jurídica das decisões anteriormente tomadas sobre a matéria, trouxe para o ordenamento pátrio o instituto do *prospective overruling*. Também, que o TSE transporta em seus julgados um efeito vinculativo às jurisprudências anteriores, o que subentende a existência de uma espécie de prejudgado vinculativo. (CABRAL, 2013).

Ao se observar que passou a existir no ordenamento pátrio o uso de institutos do *common law*, deveria ser questionado o julgamento do Tribunal Superior Eleitoral que não recepcionou o artigo 263 do CE. Esse artigo poderia ser aplicado como forma de questionar o próprio princípio da segurança jurídica, caso houvesse a necessidade de uma mudança abrupta.

Esse entendimento é importante, posto que, a título de explicação, é sabido do resultado do julgamento, após o impeachment da presidente Dilma Rousseff, houve grande discussão sobre a possibilidade de o vice-presidente vir a ser cassado pelo TSE por conta do processo de julgamento das contas de campanha que, como regra, não separam o Vice do “cabeça de chapa”. Assim, não poderia o Vice-presidente escapar da cassação pela alegação de que não conhecia os gastos.

Ocorre que, em razão do princípio da segurança jurídica, deveria se manter a jurisprudência tradicional da cassação da “unidade monolítica da chapa majoritária”²⁹.

Caso contrário, ainda que se reconhecesse a possibilidade de se separar o Vice-Presidente da Presidente na prestação de contas, a mudança dessa jurisprudência, somente, poderia ser feita a partir do próximo pleito, ou seja, para ser aplicado para as eleições de 2018. De outro modo, por meio do art. 263 do CE poderia se mudar e aplicar a mudança de jurisprudência nesse pleito.

Apesar do TSE poder manifestar-se sobre questões de matéria constitucional, somente o Supremo Tribunal Federal pode afastar definitivamente uma norma do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade, no caso, considerá-la não recepcionada. Desse modo, não resta dúvida do efeito vinculativo dos julgados do TSE, em razão do que interpretou o STF sobre o tema. Assim, dizer que se encontram demonstradas a excepcionalidade e a importância do TSE na construção do combate ao abuso de poder, seja por meio de suas competências como a de fiscalizar (poder de polícia), seja pelo efeito de seus julgados.

Não bastassem estas questões como aventadas no parágrafo anterior, permanece ainda ao TSE o poder regulamentador, ou “normativo”. Esse poder regulamentador externado por meio de Resoluções e, necessário ao fiel cumprimento do processo eleitoral, também deve ser abrigado pelo efeito vinculativo, em especial resoluções que regulamentam a eleição e que vinculam, como regra, a decisão dos juízes eleitorais.

Nesse esteio, não há como fugir da robustez dos efeitos das decisões do TSE, cabendo repetir-se que o STF, no julgamento de 2012, dispõe claramente que “[...] é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE”.

Apesar do enaltecimento à Justiça Eleitoral, ora relatado, cabe ressaltar que ela também sofre do mesmo problema encontrado nas demais cortes e no Direito Brasileiro, trata-se da falta de preocupação científica para com as decisões. O sistema

²⁹ Expressão criada pelo então Ministro Aires Brito no julgamento no TSE do RO 703 de Santa Catarina.

jurídico brasileiro não impõe um padrão específico de racionalidade e de argumentação para os seus operadores do direito. Ao contrário, estimula a invocação de frases e de citações de juristas proeminentes como modelo de fundamentação, em detrimento da adoção e exposição de um sistema de raciocínio de construção própria ou de terceiros, claramente exposto. A adoção dessa tal sistemática impede a reconstrução da própria argumentação adotada, inviabilizando questionamentos e a própria reprodução da suposta fundamentação. (RODRIGUES, 2013).

O fato é que, na parte prática, observa-se das decisões, pelo menos, a preocupação de seus prolatores em deixar expresso que determinado entendimento firmado sobre um tema específico deve ser mantido no mesmo pleito eleitoral para os demais casos. Tanto que os ministros do TSE usam nos fundamentos de seus votos e nas ementas o termo *leading case*³⁰ quando julgam os primeiros casos de um determinado tema em uma eleição, ou fazem referências a ele, ou quando há modificação do entendimento.

Apesar dessa preocupação, muitas mudanças são vistas nas jurisprudências durante o pleito sob as escusas e alcunhas de excepcionalidade do julgado, exceções, ou coisa do gênero. Não se vai aqui dar nomes, que poderá ser entendida como uma crítica direcionada, o que não é, pois, dessa justiça que envolve tantos aspectos importantes, não há como retirar todas as influências externas dos julgadores no momento de prolação do voto ou sentença.

De qualquer modo, não basta ter uma preocupação moral quanto à mudança da jurisprudência, deve haver é um reconhecimento legítimo e legal da vinculação de seus julgados, a confirmação pela base normativa da existência do precedente. Ou seja, a mudança abrupta da jurisprudência, ainda que no caso de exceções, deve ser obstada quando esta não for realizada por dois terços dos membros do TSE, conforme artigo 263 do CE, ou mesmo, se realizada, sem esse quórum mínimo, em razão do reconhecimento do princípio da segurança jurídica, não

³⁰ Exemplos de *Leading case*: Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 77355, Acórdão de 01/03/2016, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 28/04/2016, Página 53-54); - *LEADING CASE*: AgR-REspe nº 77355, de 1º.3.2016 - Quanto à contabilização como gastos eleitorais dos serviços advocatícios de consultoria no curso das campanhas eleitorais e a não consideração dos serviços prestados em processo jurisdicional-contencioso. 1. *LEADING CASE* - RO nº 474642, de 26.11.2013: Impossibilidade de o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral.

pode ser aplicado ao pleito eleitoral. Deve-se esclarecer que esse caso, em específico, não é o adotado hodiernamente pelo TSE.

Voltando-se às reflexões iniciais, pode-se, nesse primeiro ponto, afirmar que o Tribunal Superior Eleitoral tem uma significativa importância para o ordenamento jurídico brasileiro, mormente a formação de jurisprudência vinculativa, cujo teor reflete no processo eleitoral. Ademais, por mais que existam todas essas peculiaridades, deve-se deixar claro que ela está posta dentro do sistema jurídico brasileiro, no qual vige o Estado Democrático de Direito, como se verá a seguir, ao estabelecer critérios que devem ser considerados quando do julgamento das lides a ele apresentadas. De tudo isso, pode-se entender o porquê de se escolher a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para análise nesse trabalho.

1.3.3 A “legitimidade formal” supera a “legitimidade factual”, “do voto”: A Justiça Eleitoral como instrumento de legitimação, RCED nº 698/TSE.

Assim, como já mencionado, o poder máximo da sociedade brasileira, intrínseco ao parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988- CF/88, é outorgado a um cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos, decorrentes de um sufrágio legítimo. Portanto, toda a legitimidade desse processo reside na justiça que deve evitar, para tanto, o abuso de poder que, invariavelmente, tem sido um obstáculo, com que tem se deparado a sociedade brasileira.

O sufrágio de caráter universal (art. 14, CF/88) no Brasil necessariamente demanda um processo eleitoral que envolve uma grande estrutura física e material (juízes, urnas, servidores, colaboradores, locais de votação, internet, intranet), e jurídica (normas eleitorais, resoluções, portarias conjuntas entre vários órgãos da estrutura administrativa, etc.). Fala-se sobre toda a estrutura para deixar claro que o processo eleitoral não é feito somente por normas, mas envolve pessoas para os mais diversos serviços, desde o transporte de urnas, até a manutenção das redes de informática, como também para a fiscalização de propagandas, candidatos, partidos, coligações e, porque não, o próprio eleitor. Além disso, persiste a função precípua da Justiça Eleitoral, a de julgar os processos, ainda que não sejam inicialmente litigiosos, como o registro de candidatos. Condição que deve ser cumprida dentro da legalidade,

com o intuito de demonstrar impoluto o sufrágio, do contrário não haveria sua legitimidade, o que poderia anular os votos.

Para Marcus Vinicius Coêlho (2006, p. 39), a legitimidade da intervenção do Estado no combate, ou melhor, no controle do abuso de poder está “no propósito de se obter a liberdade plena do direito de escolha dos cidadãos nas eleições”. Mas, não é só isso, não há como conhecer o resultado dos votos se todo o pleito se encontra viciado de ilegalidade. Ou mesmo, em alguns casos, apesar de parecerem lícitas as condutas dos candidatos, se analisadas de forma isolada, estas podem ter sido utilizadas para adulterar a vontade da maioria.

O resultado dos votos não pode superar a legitimidade formal. O Min. Carlos Ayres Brito ao dar o resultado no julgamento do processo que cassou o, então, governador do Estado do Tocantins, Marcelo Miranda, descreve a compreensão de que a legitimidade formal supera a factual. Defende que as eleições devem ser imaculadas (p. 147 do Acórdão de julgamento do RCED nº 698, pub. 25/06/2009):

Na verdade, mais uma vez este Tribunal se vê a braços com o desafio de ponderar colisão de ilegitimidades. Se, de uma parte, os recorridos granjearam **a legitimidade pelo voto - que é uma legitimidade factual, ou de natureza material** -, de outra parte, incidiram em ilegitimidade formal, ética e jurídica. E, nesse entrelhecho de legitimidades, quando invencível, insuperável, **o ordenamento jurídico faz uma clara opção pela legitimidade formal.**

Como se pode observar, o abuso de poder é tratado com muita seriedade, tendo em vista a gravidade do seu reconhecimento, sua constatação na influência e adulteração dos bens jurídicos protegidos pela Justiça Eleitoral pode modificar o resultado de uma eleição. Essa lisura do pleito deve ser mantida como forma de dar validade à república e ao Estado Democrático brasileiro cujo poder decisório do povo, em teoria, é repassado ao Estado, por meio de seus representantes. Por isso diz-se que esse poder deve ser considerado como uma concessão da limitação da liberdade individual de escolha de decisões “Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima [...]” (WEBER, 2011, p. 58).

Nesse contexto, pode-se usar, em *prima facie* e de forma abrangente, o conceito do poder emanado pelo povo, conforme mencionado, como o domínio sobre os homens de uma sociedade de parte do poder de livre arbítrio, do poder de decisão sobre utilização de bens e serviços. Ou seja, a parcela das decisões que fogem à esfera privada e são transferidas pelo voto, abarcando, assim, toda a escolha de políticas públicas. Por isso que é tão importante que esse voto esteja imaculado.

Uma questão instigadora é saber se existe algum cidadão que ao votar se encontra isento de alguma influência externa da sociedade. Principalmente por esse indivíduo no momento de votar não se encontrar livre dos relacionamentos sociais e do contexto histórico. Deve-se perguntar, por conseguinte, como um poder exercido sobre o voto do cidadão pode afetar as eleições e se todos os poderes realmente devem ser combatidos?

Entende-se que um cidadão ao escolher entre os candidatos que concorrem a um determinado mandato sofre algum tipo de influência para determinar sua escolha. Essa pode ser de natureza econômica, familiar, religiosa, cultural, não importa qual a influência que deva ter sido exercida, ainda que lícita, se contrária à norma, ela pode vir a tornar uma eleição nula³¹.

A esse respeito, é interessante observar que Fávila Ribeiro (1998, p. 21) reflete sobre a necessidade de se reconhecer o abuso de poder sobre o voto no modo mais abrangente possível, sobre todos os flancos, como retrata o trecho sobre o tema:

A luta contra o abuso é, portanto, menos restrita do que se possa supor, tendo de cobrir todos os flancos, escudando-se nos mananciais da ordem, seja para impedir as manifestações opressivas do poder com dano para a liberdade, seja também a não permitir que esta degenera com exorbitâncias possessivas, articulando situações discriminatórias que levam ao aniquilamento das reservas essenciais da igualdade, solapando as bases da justiça na convivência social e da equidade na participação política.

Ao referir-se acerca da necessidade de se verificar o abuso de poder sobre vários flancos, considera-se também como dimensões de dominação que de uma certa forma, influenciariam o voto. De plano, o Fávila Ribeiro leva a pensar sobre a possibilidade de não se restringir, no direito eleitoral, a fiscalização a somente os

³¹ Como será visto no item 3.1, a captação ilícita de sufrágio, art. 41 - A pode levar à cassação do registro ou diploma, quando constatada, apesar de fazer referência somente a um voto.

abusos do poder econômico e político, que na sua opinião, são considerados pela norma constitucional como ilícitas quando utilizadas em excesso e ferirem “a normalidade e legitimidade” das eleições, §9º do art. 14 da Constituição Federal.

Ainda por esse fundamento de Fávila Ribeiro (1998), o abuso de poder seria considerado dentro de um conceito abrangente, como qualquer abuso que reconhecidamente leve ao cerceamento da liberdade do voto, da normalidade, ou mesmo, da igualdade de chances. O abuso de poder não ficaria restrito tão somente ao econômico e ao político, ou à utilização indevida dos meios de comunicação. Apesar de Ribeiro entender que a interpretação da norma deve ser feita de forma sistêmica, a ponto de se repudiar todo tipo de poder que possa interferir na liberdade do voto, nesse trabalho, em razão dessa legitimidade formal evidenciada no processo eleitoral brasileiro, não deve o sufrágio, conseqüentemente os votos, manifestações máximas da democracia, serem anulados pela Justiça Eleitoral por decisões não sopesadas na norma eleitoral.

Observadas de uma forma sistêmica, as limitações impostas pela lei abrangem praticamente todas as formas de abuso de poder. Por exemplo, o abuso de poder econômico por si já é abrangente, pois deve ser reconhecido tanto dentro da esfera privada, como em conjunto com o abuso de poder político, e se confunde, também, com outros tipos de poder, como o “Religioso”³², como se descreve neste estudo. Convém, portanto, que se repita que o abuso de autoridade ou político, voltado a proteger o cidadão do uso indevido da máquina pública, não pode ser confundido com outros tipos de poder, a exemplo do poder carismático, religioso, sob pena de algum direito ou liberdade individual ser afastada. Do contrário, estaria concedendo à Justiça Eleitoral uma carta branca para interferir nos direitos e garantias fundamentais, o que não é permitido em um Estado Democrático de Direito.

1.4 A constitucionalização do Direito e o Estado Democrático de Direito

Do que foi visto até agora, pode-se concatenar que o Brasil se encontra em um Estado cujo poder emana do povo, leia-se democracia, o que faz com que haja a preocupação com a legitimidade da manifestação desse poder. Portanto, constata-se

³² O TSE tem discutido o surgimento de novos tipos de abuso de poder, como por exemplo o “religioso”, assim denominados pelos Ministros, como no Recurso Ordinário 265308 julgado em 2017 pelo TSE.

que a democracia, a manifestação dos poderes e a Justiça Eleitoral, como vistos anteriormente, apesar de aparentemente distintos e autônomos, são umbilicalmente dependentes e contrapostos. Não há como se desentrelaçar a Justiça Eleitoral, a democracia e o abuso de poder, uma vez que estão conectados pela lógica de causa e consequência.

Desse modo, diz-se que o objeto a ser protegido em razão da emanção do poder no Brasil é a democracia, que em razão da república³³, para o qual os mandatos são limitados e periódicos, é exercida por meio do voto direto, secreto (art. 14, CF/88). O voto é a unidade de poder mínima usado nas eleições e a garantia de sua lisura, é a forma de legitimar os novos mandatários, ou detentores do poder, os representantes do povo. Para se verificar a lisura, a Justiça Eleitoral foi alçada responsável pela fiscalização, poder de polícia, execução e julgamento dos processos administrativos e judiciais, tudo como modo de exercer suas competências e funções para garantir a legitimidade das eleições. Assim, dá para se ter uma noção inicial dessa relação umbilical da Justiça Eleitoral com a democracia e o poder.

Não obstante o reconhecimento desta realidade, apesar de que desde a república brasileira o voto exerce sua importância para a democracia, é patente o reconhecimento da fraude, abuso de poder, entre outras condutas que maculem o pleito, que somente tiveram resultado marcante no Brasil após a moralidade, ou legitimação, de suas instituições, tendo em vista que existiam práticas costumeiras de dominação, e que somente após o fortalecimento dos poderes, em especial do judiciário, verificou-se uma tendência para essa mudança de postura. Para melhor compreensão do que seriam essas mudanças de posturas e a participação do TSE, deve-se compreender alguns pontos teóricos e os seus efeitos no Direito brasileiro: o constitucionalismo, a constitucionalização do Direito, o neoconstitucionalismo, o ativismo judicial, o Estado democrático de direito, entre outros.

³³ No item 2.2 o conceito de república e seus efeitos serão melhores apresentados.

1.4.1 O constitucionalismo e o controle de poder: os abusos da constitucionalização do Direito e o fenômeno da judicialização

Já se ventilou nesse trabalho sobre o amadurecimento das instituições pós a vigência da CF/88, muito pelo próprio efeito do constitucionalismo. Apesar da existência de uma ordem constitucional anterior a 1988, a negação a democracia imposta pelo regime da ditadura militar brasileira desnaturava o modelo do constitucionalismo moderno. Esse surgiu em razão da necessidade de controlar os poderes do Estado, ou seja, surgiu “(...) como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito”(SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 72), eram considerados acima da lei.

Assim, o constitucionalismo moderno edifica a ideia em torno de se afastar o poder absoluto do Estado e de garantir os direitos fundamentais do povo brasileiro. Consequentemente, após a CF/88, houve um amadurecimento das instituições, em razão da limitação da competência de cada Poder dentro do Estado, *check in balance*. A Justiça Eleitoral ganhou grande destaque, pois é a responsável pela legitimação do processo eleitoral, da democracia, um dos pilares desse constitucionalismo:

Constitucionalismo moderno se assenta em três pilares: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 74)

Como se pode constatar, o constitucionalismo surgiu como o ideal de limitação de poderes em favor dos cidadãos. No Brasil, vários fatores e teorias foram se agregando e sendo utilizados no processo de edificação do conceito de constitucionalismo aqui empregado. Não é possível distinguir uma teoria em separado, pois muito dessas, ainda que superadas, serviram para moldar as decisões atuais, uma vez que houve um processo de reconhecimento da Constituição de 1988, não como simples instrumento sem valor, mas como entendido hoje, uma norma fundamental aplicada a todos.

Destaca-se algumas teorias como a do constitucionalismo da efetividade, que serviu para a “afirmação da normatividade da Constituição [...]”. Interessante observar que Daniel Sarmento faz uma construção do constitucionalismo brasileiro,

no qual, a doutrina da efetividade junto com outras teorias, como a da Constituição dirigente, serviram “para que se superasse um senso comum teórico antes existente, que via a Constituição mais como proclamação retórica do que como norma jurídica.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 198).

De todo modo, suplantada essa fase do reconhecimento texto constitucional como norma eficaz e de aplicabilidade, tomou corpo e evoluiu o constitucionalismo para o que pode ser considerado como pós-positivismo, ou neconstitucionalismo. Esse novo modelo pode ser resumido por alguns aspectos: os princípios jurídicos passam a ser valorizados no processo de aplicação do Direito, a ser reconhecidos como força normativa; o formalismo passa a ser substituído por métodos mais abertos; há o que pode ser considerado como “constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;” o Direito e a Moral voltam a se reaproximar; por fim, há a “judicialização da política e das relações sociais”, nesse último caso o Poder Judiciário passa a exercer muitas das funções dos outros Poderes. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 198)

Uma crítica que se faz a um fenômeno crescente no poder judiciário é o da “judicialização” do campo político, pois não ficou estacionada aos aspecto das relações sociais, na maioria dos casos se transformou em um protagonismo pungente do Judiciário que se alastra a todas as áreas do Direito, até ao Eleitoral. O Poder Judiciário passou a se autoproclamar como defensor dos cidadãos frente aos demais poderes, passou a substituir o Legislativo, ao ignorar as normas, como também, a reger a aplicação das políticas públicas de competência do Executivo, sempre com a escusa de estar defendendo a democracia. A seguir uma explicação mais teórica que utiliza a democracia como fundamento desse fenômeno:

A democracia, pois, apresenta-se, em aspecto processual, como o governo pela discussão, o controle da agenda governamental (decidir sobre o que se vai decidir). Em aspecto substancial, entende-se a democracia como sistema de direitos orientados por um lastro ético de índole igualitária e libertária. À já afirmada centralidade do direito agrega-se o papel igualmente protagonista da Constituição. Para além de sua importância como pacto político, a Constituição afirma-se como verdadeira norma jurídica de observância cogente nas esferas de atuação política. Com essa “judicialização” dos atos de governo, tem-se que esses atos passam a ser sujeitos a controle — culminando com o fim da imunização da tarefa de delinear e realizar políticas públicas — e, portanto, permeados pelo Direito. (SUXBERGER, 2015, p. 257).

No âmbito eleitoral, a judicialização das eleições nos últimos anos se tornou tão intensa a ponto de, em alguns estados brasileiros, mais de 10% dos prefeitos eleitos serem cassados pela Justiça Eleitoral, como é o caso do Piauí. Esse cálculo é extraído de reportagem que fez um levantamento, por Estado, do número de prefeitos eleitos em 2012 e que foram cassados pela Justiça Eleitoral, principalmente, por abuso de poder, ou conduta vedada³⁴. Para o cálculo não foram computados a perda do mandato decorrente de julgamento realizado pela câmara de vereadores ou pela justiça comum. Essa matéria jornalística foi simplificada em um gráfico, que possibilita observar que a Justiça Eleitoral passou a ter uma maior participação no resultado das eleições.

Faz-se necessário que se observe que não se pode confundir a chamada “constitucionalização” (TAVARES, 2016, p. 21) do direito, com o neoconstitucionalismo atual. Os menos conservadores entendem que, em razão da evolução da democracia brasileira, poderia se colocar nas mãos dos magistrados poderes que podem castrar as liberdades individuais ditadas em normas legítimas e em vigência e interferir na realidade social, o “que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos interpretes”. (GALVÃO, 2014, p. 308).

No momento atual em que se encontra o constitucionalismo brasileiro não há como se evadir dos aspectos arraigados do neoconstitucionalismo. Por mais que se empregue uma análise positivista, é inevitável a utilização de aspectos estruturantes da atual conjectura constitucional. Assim, a constitucionalização do Direito instaurada no ordenamento pátrio jungiu a norma a moral, portanto, os princípios constitucionais devem ser reconhecidos como força normativa. Todavia, até ao se utilizar os princípios, isso deve ser feito com muita cautela, observando a própria normatização existente.

Ao posicionar-se nesse trabalho, vê-se que o Brasil evoluiu para um Estado de Direito, visto como “uma virtude ou qualidade moral presente em alguns regimes jurídicos que estabelecem um meio legítimo de proceder no uso e na aplicação das

³⁴ Brasil tem 1 prefeito retirado do cargo a cada 8 dias pela Justiça Eleitoral: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/02/brasil-tem-1-prefeito-retirado-do-cargo-cada-8-dias-pela-justica-eleitoral.html> VISTO EM NOVEMBRO DE 2016

normas jurídicas”. (GALVÃO, 2014, p. 309). Como se pode observar, o Neoconstitucionalismo é uma teoria crescente no Judiciário brasileiro, todavia, o Estado de Direito não aceita arbitrariedades, impõe limites ao poder do juiz, como se verá a seguir.

1.4.2 O Estado Democrático de Direito: Os limites impostos ao magistrado e a análise da ADPF n 144-DF

Deve-se, portanto, entender Estado Democrático de Direito como uma evolução do Estado. Há vários conceitos sobre o Estado, Kelsen (2003) sintetiza o conceito de Estado como “ordem normativa da conduta humana”. Partindo da ideia de evolução do Estado, chegaremos ao Estado Democrático de Direito. Segundo Streck e Moraes (2000, p. 92) “com a evolução do Estado Moderno, surge o Estado Absoluto e o Estado Liberal”. Ainda na linha de pensamento de Streck e Moraes, o Estado Liberal é bipartido e dentro dessa divisão está o Estado democrático de direito.

O Estado democrático de direito em uma perspectiva simplória é um conceito de Estado que busca superar o simples Estado de Direito, concebido pelo liberalismo, garantindo não somente a proteção aos direitos de propriedade e defendendo através das leis todo um rol de garantias fundamentais, baseadas no chamado "Princípio da Dignidade Humana".(DIMOULIS, MARTINS, 2007)

Segundo Dallari (2003, p.145), “A ideia moderna de um Estado Democrático tem raízes no séc. XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana [...]”. Para Streck e Moraes (2006, p.104), “a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do status quo, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico de manutenção do espaço vital da humanidade”.

Nessa direção, Canotilho (2002) vê o Estado democrático de direito como uma forma de racionalização e generalização da política das sociedades modernas, em que a política é o campo das decisões obrigatórias, que deve estabelecer a ordem, a paz, a segurança e a justiça na sociedade.

a) Os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito aos magistrados

É nesse Estado democrático de direitos que a possibilidade trazida pelo Tribunal Superior Eleitoral, de ampliação do rol dos poderes fiscalizados e combatidos pelo Direito Eleitoral, deve ser vista com muita precaução, uma vez que o direito à dignidade da pessoa humana, suas liberdade e garantias individuais são exaltados. Deve ser afastada a ideia de um ativismo judicial, fundado na constitucionalização do Direito, inconsequente, que cultue o “quanto mais abstrato, mais sentido tem. O que tem significado é que passa ser insignificante”. (GALVÃO, 2014, p. 308). Ao contrário, quando se louva o Estado Democrático de Direito, deve-se voltar ao viés mais positivista, que, assim, se explica:

Em uma democracia, a legislação não deve ser encarada como algo arbitrário e fruto do acaso, mas como uma decisão política que merece respeito por simbolizar o esforço coletivo para se adotar um posicionamento comum em meio aos persistentes desacordos. A compreensão do contexto político que levou à edição de determinadas leis e emendas constitucionais revela elementos estruturais da sociedade que vinculam a interpretação constitucional. [...]

Ao contrário do defendido pelos neoconstitucionalistas, que veem nos direitos fundamentais – e nos princípios – instrumentos que possibilitam uma interpretação mais maleável, para o adepto de um constitucionalismo modesto, essas cláusulas parecem exigir, na verdade, um esforço hermenêutico muito maior de densificação, que é limitado tanto pelo contexto histórico em que a decisão está inserida quanto pelo uso de argumentos de princípios. (GALVÃO, 2014, p. 302).

Portanto, obriga-se esse trabalho a fazer uma limitação na montagem do que pode ser considerado como padrão interpretativo para desconsiderar a interpretação que rechaça de plano o ordenamento jurídico e crie sistemas próprios, maleáveis, subsidiados simplesmente por princípios constitucionais sem qualquer densidade normativa e rechaçando normas constitucionais e infraconstitucionais sob a escusa de estar se empregando padrões de “constitucionalização”.

Daniel Sarmiento sustenta a ideia de ponderação, que contrapõe ao formalismo positivista anterior. Resumidamente, a ponderação é uma forma de interpretação feita quando há valores constitucionais em conflito. Para o doutrinador, em uma democracia, o Legislativo é o primeiro a fazer essa ponderação, ao se examinar as exigências das normas e os valores constitucionais existentes. Entretanto, ao traçar um paralelo entre a democracia e a ponderação, afirma que “a tendência da ponderação a certo casuismo levanta alguns questionamentos, pois amplia o risco de arbítrio judicial, além de prejudicar a previsibilidade do Direito,

comprometendo a segurança jurídica do cidadão”. (SOUZA NETO, SARMENTO, 2016, p. 521).

Assim, sem evadir do panorama atual da constitucionalização do Direito para se arrear a um positivismo radical, deve-se procurar uma alternativa intermediária. Souza Neto e Sarmento propõem uma solução intermediária, que não seja nem tão aberta ao interprete e tão pouco estritamente formalista, por entender que a ponderação é um “mal necessário”, apresenta alguns instrumentos.

O primeiro é o da “fixação de parâmetros para a ponderação, que sejam suscetíveis de universalização, vale dizer, de aplicação a casos equiparáveis.(...) é importante porque reduz o risco de arbítrio judicial,”.(2016, p. 523) O segundo instrumento apontado pelos autores é direcionado para a ponderação judicial, descarta as argumentações muito genéricas que não possam justificar ou esclarecer as razões de dar mais peso a um interesse sobre o outro, ou seja, “deve haver uma preocupação adicional com a motivação dos julgados, que tem de ser transparente, além de muito criteriosa na utilização técnica.” ,”.(2016, p. 523). O terceiro é o respeito aos demais Poderes do Estado, é o de se evitar o ativismo judicial quando já realizado por outras instituições políticas, somente em casos de erros graves é que poderia a justiça interferir, busca uma auto-contenção.

Como se pode observar, o presente trabalho não tem a intenção de inovar, ao listar alguns parâmetros para se conhecer o abuso de poder na Justiça Eleitoral, a ponderação e o próprio Estado de Direito restringe as funções do magistrado. Tanto os defensores do neoconstitucionalismo como seus críticos ressaltam a necessidade de algumas medidas para conter decisões arbitrárias.

O capítulo dois vai tratar sobre os parâmetros utilizados nesse trabalho, o qual se inicia como posto por Galvão (2014), com a necessidade de se conhecer a norma. Ademais, “a fixação de parâmetros é extremamente importante para a ponderação, por reduzir os riscos de erro e arbítrio judicial, aumentar a previsibilidade das decisões em favor da segurança jurídica, e poupar tempo e energia dos operadores do Direito em casos futuros.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 526). Os autores destacam três tipos de parâmetros: a) as regras têm preferências sobre os princípios; b) deve-se diferenciar as normas que instituem direitos fundamentais

das demais, aquelas têm preferências sobre essas; c) há uma espécie de escalonamento de preferência entre os direitos fundamentais, os de existência, os ligados a democracia, e a vida tem preferência sobre os de conteúdo meramente patrimonial ou econômico.

Apesar dos instrumentos e parâmetros elencados por Souza Neto e Sarmiento (2016) tratarem sobre ponderação, portanto, sobre conflitos de valores constitucionais, seus ensinamentos são utilizados no presente trabalho por entender que devem ser empregados pela Justiça Eleitoral na prolação de suas decisões, pois como será visto, grande parte dos bens tutelados são de natureza constitucional. Ademais, a legislação eleitoral optou por cláusulas abertas ao especificar quais seriam as espécies de poder cujo uso abusivo não seria tolerado nas eleições. A seguir, pode-se observar, que a necessidade de pautar o TSE, *prima facie*, pelo uso da norma em seus julgados, não é criação da presente obra, mas uma determinação do STF.

b) Limites impostos ao TSE pelo STF no julgamento da ADPF nº 144: Legalidade e separação de poderes.

O §9º do art. 14 da CF/88 dispõe sobre os casos de inelegibilidade, moralidade, improbidade e a normalidade das eleições, como também do comando de que “lei complementar estabelecerá” esses casos. Essa perspectiva de competência legiferada exclusiva do Legislativo foi discutida pelo STF em 06 de agosto de 2008 no julgamento da ADPF 144. O STF analisou a possibilidade de se impugnar e cassar o registro de candidatura em razão da inidoneidade da vida pregressa do cidadão, aplicando-se como fundamento os princípios da moralidade e da probidade administrativa, encontrados no parágrafo acima, ou seja, julgou a possibilidade da justiça eleitoral reconhecer tipos de inelegibilidade não dispostos em lei.

Antes de se adentrar nos pontos essenciais do julgado, faz-se necessário traçar um paralelo entre o contexto histórico do julgamento da ADPF 144 e a atual conjectura. No ano de 2006 surgiu a tese de se impugnar a candidatura dos candidatos em razão da inidoneidade da vida pregressa, tendo como fundamento a moralidade e probidade administrativa disposta no § 9º do art. 14 da CF/88. Vários Tribunais Regionais Eleitorais embarcaram nessa tese. Todavia, ela foi superada no

Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do RO nº 1069 em razão da vigência da Súmula nº 13 do TSE, “Não é auto-aplicável (sic) o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94”. Interessante observar que por mais que alguns Membros do TSE tenham discordado da súmula para acompanhar a tese, perdido o embate, acompanharam o entendimento da Corte.³⁵

Apesar de rejeitada a tese pelo TSE, o debate ganhou imensas proporções em razão dos anseios populares, o que levou as principais associações nacionais de membros da Magistratura e do Ministério Público a se unirem contra a súmula em uma ação no STF que originou a ADPF nº 144. O julgamento foi pela improcedência da ação. Por mais que houvesse todo o respaldo da população sobre a necessidade de moralizar a política, de se buscar a idoneidade dos candidatos, o STF sinalizou para auto-contenção do TSE, rejeitando o ativismo judicial. Em suma, conforme posto na página 420 da ADPF n. 144 no voto do Relator, “Enquanto o Direito for ciência, o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio.”

³⁵ RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. INDEFERIMENTO. REGISTRO DE CANDIDATURA. EXAME DE VIDA PREGRESSA. ART. 14, § 9º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIIDADE ADMINISTRATIVA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL. PROVIMENTO.

1. O art. 14, § 9º, da CF, deve ser interpretado como contendo eficácia de execução auto-aplicável com o propósito de que seja protegida a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato.

2. A regra posta no art. 1º, inciso I, g, da LC nº 64, de 18.05.90, não merece interpretação literal, de modo a ser aplicada sem vinculação aos propósitos da proteção à probidade administrativa e à moralidade pública.

3. A autorização constitucional para que Lei Complementar estabelecesse outros casos de inelegibilidade impõe uma condição de natureza absoluta: a de que fosse considerada a vida pregressa do candidato. Isto posto, determinou, expressamente, que candidato que tenha sua vida pregressa maculada não pode concorrer às eleições.

4. A exigência, portanto, de sentença transitada em julgado não se constitui requisito de natureza constitucional. Ela pode ser exigida em circunstâncias que não apresentam uma tempestade de fatos caracterizadores de improbidade administrativa e de que o candidato não apresenta uma vida pregressa confiável para o exercício da função pública.

5. Em se tratando de processos crimes, o ordenamento jurídico coloca à disposição do acusado o direito de trancar a ação penal por ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia. Em se tratando de acusação de prática de ilícitos administrativos, improbidade administrativa, o fato pode ser provisoriamente afastado, no círculo de ação ordinária, por via de tutela antecipada, onde pode ser reconhecida a verossimilhança do direito alegado.

6. § 9º do art. 14 da Constituição No entanto, no julgamento do RO nº 1.069/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, sessão de 20.9.2006, esta Corte assentou entendimento segundo o qual o pretense candidato que detenha indícios de máculas quanto a sua idoneidade, não deve ter obstaculizado o registro de sua candidatura em razão de tal fato.

7. Desta forma, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, alinho-me a novel jurisprudência do TSE, ressaltando o meu entendimento.

8. Recurso ordinário provido.

(Recurso Ordinário nº 1133, Acórdão, Relator(a) Min. José Augusto Delgado, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 21/09/2006)

Como aventado, um dos objetivos desse trabalho é analisar a possibilidade do TSE aceitar em seus julgados a criação de novos tipos de abuso de poder não dispostos em lei, como causa de pedir. Os §9º do art. 14 da CF/88, além de tratar da inelegibilidade, também ressalta o abuso de poder. De qualquer forma, por mais que se tenha demonstrado a importância do TSE, especialmente quanto a legitimação do sufrágio, o Estado Democrático de Direito condiciona a necessidade de respeito as normas e a um equilíbrio entre as instituições. Os pontos principais do julgamento dessa ADPF, que interessam o presente trabalho, são os fundamentos dos votos que limitam a atuação do TSE pela Corte Constitucional. Destaca-se do voto do relator Ministro Celso de Melo, que conduziu o julgamento pela improcedência da ação, o seguinte:

[...] é por isso que entendo, Senhor Presidente, mesmo tratando-se do bloco pertinente aos direitos políticos – que se vinculam aos postulados da soberania popular e da democracia representativa –, que não se pode, como corretamente adverte o eminente Ministro Eros Grau, **buscar interpretação que substitua, com grave comprometimento da legalidade e do procedimento legal, a racionalidade formal do direito, que se funda nas instituições e nas leis, por critérios impregnados de valorações que culminam por afetar a segurança e a certeza jurídicas, com sério risco à integridade do próprio sistema de garantias construído pela Constituição, cuja normatividade não pode ser potencializada nem tornada relativa**, [...]

o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador, para, na ausência da lei complementar exigida por aquele preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida pregressa do candidato implicar inelegibilidade:

Fica evidente a determinação a uma interpretação que não afaste a incidência da norma em razão da moralidade, especialmente quando em choque direitos fundamentais individuais. Deposita no Legislativo essa competência de criar novas sanções, novos tipos de inelegibilidade. O resultado da ADPF não foi uma derrota para os anseios da sociedade, mas uma vitória para as instituições democráticas. Tanto é assim, que da negativa do STF a sociedade civil, por meio de várias associações, apresentou projeto de lei de iniciativa popular para discutir no Legislativo a construção de uma lei que pudesse responder aos anseios populares. Desse contexto social e político surgiu a Lei Complementar 135/2010, famosa lei da ficha limpa. Esse é caminho correto que deve ser perseguido ao se tentar introduzir novas sanções e limitações de direitos e liberdades individuais ao contexto histórico e social em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, sob esses argumentos que parte o presente trabalho para a análise da jurisprudência do TSE, galgada na certeza de que no julgamento da referida ADPF, cujos efeitos são vinculantes, entendeu a Corte Constitucional que a Justiça Eleitoral não pode, em prol do princípio da moralidade, aplicar sanções, cassar e afastar candidatos, sem estar respaldado na norma.

Ademais, cita-se, como encerramento deste capítulo, o aprofundamento sobre o tema da aplicação dos princípios e da norma que será visto ao longo desse trabalho, e em especial, ao se deparar com exames de casos concretos. De qualquer modo, entende-se que deve ficar claro que para esse trabalho, podem sim existir novos fatos tidos como abuso de poder, mas não novos tipos de abuso de poder como causa de pedir.

CAPÍTULO 2

A “BÚSSOLA” PARA O INTÉRPRETE: A NECESSIDADE DE PARÂMETROS GENÉRICOS PARA A APURAÇÃO DO ABUSO DE PODER

Segundo Carlos Velloso e Walber Agra (2008, p. 267), "O abuso do poder econômico e do político é de difícil conceituação e muito mais difícil ainda sua transplantação para a realidade fática". Nesse mesmo sentido Marcos Ramayana (2009, p. 488) afirma que "difícilmente a doutrina define o que seja abuso do poder econômico ou político, adotando-se certos parâmetros que servem de bússola para o interprete na constatação, cumprindo ao legislador definir situações fáticas caracterizados do abuso [...]".

Apesar das afirmações supracitadas, quando da transplantação do abuso de poder para a realidade fática, vale lembrar que o Direito não é um conjunto aleatório de textos jurídicos. É um sistema racional composto por normas, que são verificadas no caso concreto. A própria extração da norma é objeto de um padrão racional de pensamento e de construção, que se confunde com a própria ciência do Direito, o que não pode ser vista com o formalismo estático. (RODRIGUES, 2013).

Nesse contexto, não se concebe fazer um estudo dos julgados do TSE sem antes compreender a forma com que as Cortes Jurisdicionais brasileiras têm se comportado na formação de suas jurisprudências. Assim, para que possa a análise do trabalho se adequar ao resultado pretendido, deve-se entender o contexto brasileiro. Partindo-se do pressuposto que, no Brasil, existe padrão estilístico, mas ocorre uma ausência de um padrão racional, o que se observa é que, entre todos os atores do meio jurídico, há uma clara tendência a uma argumentação de autoridade, baseada nas credenciais do jurista invocado, em detrimento da articulação lógica do conteúdo. (RODRIGUES, 2013).

De todo modo, em razão do que se denominou de justiça opinativa, os fundamentos de cada voto dos magistrados que compõem a decisão do colegiado, ainda que expressem o mesmo resultado, podem ter sido derivadas de fundamentos que não conviveriam se orquestrados em uma racionalidade de argumentação dentro de um documento único oficial. Constata-se esse argumento quando do exame do acórdão que julgou o RESPe 28784, item 3.4.2 sobre o abuso de poder cultural.

Assim, muitas ementas podem não refletir o resultado composto por um fundamento íntegro. (RODRIGUES, 2013).

Feitas estas observações que podem ser consideradas ao longo deste trabalho, uma vez que se estuda o abuso de poder por meio da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o contexto mostrado serve tão somente como forte escusa para a não utilização do estudo de uma linha argumentativa única para o TSE. Ou seja, as decisões sobre abuso de poder não são padronizadas. O resultado pode até se manter, mas os fundamentos se modificam a depender do magistrado.

Utilizando-se desse discurso, não é propósito do trabalho, no presente momento, apresentar um sentido estático e determinado do que seja o abuso de poder coibido pela jurisprudência da Justiça Eleitoral e como deveria ser o padrão, ou racionalidade de argumentação dentro de parâmetros previamente identificados. Entende-se que, mais importante do que conceituar e estabelecer formas, é apresentar subsídios, argumentos, parâmetros genéricos, os aqui postos são extraídos dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral. Por meio de parâmetros pré-definidos, mas não taxativos, pode ser possível identificar na maioria das condutas e nos atos praticados se houve algum tipo de abuso de poder que a Justiça Eleitoral entende como ilegal. Uma ponderação composta de normas gerais de grande carga moral, e princípios. Mormente, que “[...] no atual paradigma de hermenêutica jurídica, pode-se dizer que as decisões jurídicas são construídas individualmente diante dos casos analisado em concreto”. (TAVARES, 2016, p. 22).

Deve-se compreender que apesar das dificuldades existentes, o presente trabalho, do mesmo modo dos julgados analisados, faz uso de argumentação de autoridade para selecionar o que deve ser considerado como parâmetro. Ademais, “no Brasil, tanto a lei, quanto os princípios, os casos julgados e os conceitos doutrinários podem funcionar como autoridade sozinho ou combinados”. (RODRIGUES, 2013, p. 75).

Ainda que compreendido que as argumentações de autoridade ao serem formadas nos padrões decisórios ocorrem a partir de razões subjetivas de decidir, “Portanto, sua estabilidade ao longo do tempo tende a variar com as mudanças dos juízes individuais” (RODRIGUES, 2013, p. 79); existe no Tribunal Superior Eleitoral o fator precedente, ou melhor, a segurança jurídica deve prevalecer sobre suas

decisões. Dessa forma, como regra, o resultado para um determinado tema tende a sofrer poucas mutações, ao menos para o mesmo pleito eleitoral.

Nessa linha, não há prejudicialidade ao se analisar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral de forma aleatória, desde que não sejam exceções, para se retirar substratos necessários para serem considerados como parâmetros, pois, de modo reverso, é por meio do resultado da utilização de certos critérios de interpretação é que se pode montar uma espécie de “bússola”, ou de critérios normativos e principiológicos, pela qual a Corte Eleitoral tem se norteado para fundamentar a maioria de seus julgados.

O único formalismo obrigatório, utilizado no presente trabalho, que deve ser respeitado para verificação dos parâmetros, ao se analisar as jurisprudências do TSE, decorre da escolha teórica posta nos aspectos preparatórios, para o qual no Brasil vige um Estado de Direito³⁶, que não afasta a aplicação da norma, ou dá a uma norma constitucional um sentido diferente de todo o arcabouça infra legal construído sobre essa ordem constitucional, simplesmente em razão da aplicação de um princípio. Não se admite a construção de um Neoconstitucionalismo³⁷ extremado. O certo é a norma geral vir primeiro na construção da bússola, ou na ponderação.

Além disso, quanto à análise da jurisprudência, deve-se observar que será disposta em duas formas, a primeira para o alistamento dos parâmetros, e para o qual não se fará uma síntese fática, ou descrição problema jurídico posto no caso concreto analisado, esses, somente, aparecerão na segunda forma, quando julgados importantes ou inerentes à diferenciação entre os atuais tipos de abuso de poder e as possibilidades de surgimento de novas tipologias de abusos de poder cultural e religioso (itens 3.4.1 e 3.4.2). Desse modo, conclui-se sobre esse item, que a jurisprudência é utilizada, não como fundamento para poder motivar o resultado de um julgado, mas para se listar parâmetros para se analisar futuros casos de abuso de poder em razão das lides julgadas pela Justiça Eleitoral.

³⁶ Estado de Direito conforme modelo apresentado no item 1.3, para o qual “o Estado de Direito, portanto, refere-se à dignidade de tratamento, não de resultado”. O que não impede de fazer uso da norma.

³⁷ Nesse trabalho o Neoconstitucionalismo é visto como todas as ressalvas possíveis, pois da forma que veio sendo utilizado, valorizando descomunalmente o princípio em desfavor do próprio texto constitucional levou a Constituição a “condições patológicas” que contribuíram “para a corrupção do próprio texto da Constituição” (STRECK, 2011, p. 36)

Assim, como já afirmado que o Direito brasileiro é um sistema racional, composto por normas, verificadas em caso concreto, os parâmetros utilizados pelo magistrado devem nascer sempre da norma. “O reconhecimento da abertura das normas – o que nem sempre é admitido, obviamente – fará com que o intérprete busque a realidade para concretizar o direito posto, considerando que o texto demanda apreciação do concreto para integrar seu sentido”. (TAVARES, 2016, p. 23). Todavia, sem se esvaziar em virtude da maleabilidade do neoconstitucionalismo, mas fazendo uso de forma moderada dos princípios para realizar a concretização da constituição ao caso concreto, observando-se, sempre que possível, os métodos que habitualmente tem o TSE utilizado.

Nesse contexto, serão listados os seguintes parâmetros a fim de que sejam entendidos como a “bússola” utilizada pelos aplicadores do direito no TSE:

1) A base legal, as normas de Direito Eleitoral utilizadas que servem de fundamento para toda apuração do abuso de poder pela Justiça Eleitoral. Não serão abordadas as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, pois em sua grande maioria são meras repetições do texto da lei;

2) Os princípios mais utilizados nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral, serão abordados como princípios basilares para os julgamentos do TSE sobre abuso de poder, observando-se, particularmente, a argumentação de autoridade;

3) Os elementos ou fatores qualitativos e quantitativos que sopesam a aplicação das normas e dos princípios ao caso concreto, ou seja, o que se extrai da jurisprudência hodierna, após ter sido reconhecida a ilicitude do caso concreto pela Corte Eleitoral contra um dos bens tutelados pela justiça eleitoral, essa ilicitude deve ser conhecida como abuso de poder e punida como tal.

2.1 As normas eleitorais que tratam do abuso de poder no ordenamento jurídico brasileiro

No âmbito normativo, as questões atinentes ao abuso de poder estão disseminadas em vários tipos de normas, são tratadas na Constituição Federal, em Leis Complementares, Leis Ordinárias, como também em resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que possuem força de Lei para o Direito Eleitoral.

Por se estar em um Estado legitimado pela norma legal, são essas que descrevem qual é o bem jurídico protegido, por isso é que se faz necessário analisar o ordenamento jurídico para saber se há uma tipificação do abuso de poder, ou se existe somente conceitos gerais, que levam à busca de um sentido concretizador. Pois bem, em respeito ao princípio da interpretação conforme a Constituição, para o qual as normas infraconstitucionais necessitam ser interpretadas de acordo com o sentido da Constituição, sob o risco de serem consideradas inconstitucionais, inicia-se o presente estudo pela norma fundamental. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 119).

2.1.1 A Constituição de 1988 e estrutura infraconstitucional

Constata-se que a Constituição Federal vigente aborda expressamente nos §9º e § 10 do artigo 14 os tipos de poder cujas influências no pleito devem ser combatidas pelo Direito Eleitoral brasileiro.

O §9º repudia a influência do poder econômico e do poder político, uso do cargo, função ou emprego na administração pública, que desestabilize a normalidade das eleições.

O § 10 dispõe que nos casos de “abuso de poder econômico, corrupção ou fraude” poderá o mandato ser impugnado no prazo de 15 dias. Importante observar que este último parágrafo menciona, tão somente, abuso de poder econômico. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo que o abuso de poder político faria parte do termo geral fraude.³⁸

³⁸ Abuso de poder econômico, levando ao questionamento da competência da AIME para abuso de poder político. O Ministro Carlos Aires Brito, quando do julgamento “*Sucedee que, ao abrir o parágrafo subsequente (o de n. 10) para nele positivar os pressupostos da ação de impugnação de mandato eletivo, a Magna Carta Federal tornou a mencionar, literalmente, o “abuso do poder econômico”. Não o fazendo, porém, quanto ao abuso do poder político. Em lugar dele, usou dos substantivos “corrupção” e “fraude”, de maneira a suscitar a seguinte e natural pergunta: qual a razão dessa falta de explicitude quanto ao abuso no exercício de função, cargo ou emprego públicos (abuso de poder político, então)?*” Ao responder a esse questionamento, o Ministro Ayres Brito, entendendo que a palavra corrupção foi empregada de forma “coloquial”, pelos nobres legisladores, e assim deve ser interpretada, entendeu pela possibilidade de uso da AIME para apurar abuso de poder político, trazendo como base o voto de Relatoria do Ministro José Delgado no REspe nº 25.985/RR/2006, no qual entendia ser possível a AIME para ambos os casos de abuso de poder. De qualquer forma, esse é um tema que, a cada dois anos, é discutido, a competência da AIME. Pode-se com isso observar que a Constituição trouxe somente, em tese, a garantia, assegurou uma ação que servirá para combater o poder econômico. (RECURSO

Para o presente trabalho, os dois parágrafos ora mencionados do art. 14 da CF/88, merecem este destaque em razão de serem os únicos dentro do capítulo dos “Direitos Políticos”. Assim, esses dois parágrafos são considerados as principais fontes constitucionais do Direito Eleitoral que, expressamente, abordam o tema do abuso de poder, uma vez que na Constituição Federal o termo abuso de poder pode ser encontrado em várias outras partes de seu texto, mas não voltado, de forma particular, expressamente para o Direito Eleitoral. Tem-se como exemplo o art. 5º, dos direitos e garantias individuais e coletivos, que versam sobre o direito de petição, habeas corpus e habeas data³⁹, mandado de segurança⁴⁰. Também, ao tratar do mercado, a CF dispõe sobre o abuso de poder econômico⁴¹, de modo que o tema é abordado como uma forma de proteção das autoridades, não como forma de influenciar e macular as eleições.

Ao se perscrutar a Constituição Federal, a sua exaustão, nota-se que existe, de forma expressa, a ordem de proteger a “normalidade das eleições” tão somente da influência do abuso do poder econômico e político”. Por isso é que Fávila Ribeiro (1998) defende a existência de somente desses dois tipos de abuso de poder, no caso.

A Carta Magna vigente também não aponta expressamente tipos específicos, que direcionassem quais condutas poderiam ser consideradas, ou tipificadas, como abuso de poder para fins de condenação na Justiça Eleitoral. Como visto, a Constituição criou garantias, como a ação de impugnação de mandato eletivo, AIME, no § 10 do artigo 14, com a finalidade de proteger de conceitos gerais e abertos: a fraude, o abuso de poder.

Assim, pode-se extrair, *prima facie*, da leitura da Constituição Federal e de um ponto de vista estritamente legal, de modo que sua exigência resume-se ao dever

ESPECIAL ELEITORAL nº 28040, Acórdão de 22/04/2008, Relator(a) Min. CARLOS AUGUSTO AYRES DE FREITAS BRITTO, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Volume 1, Data 1/7/2008, Página 8 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 20, Tomo 1, Data 22/4/2008, Página 249).

³⁹ LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

⁴⁰ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

⁴¹ Art. 173(...) - § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

de proteger a normalidade das eleições da influência do poder econômico e político. Todavia, não se interpreta a Constituição de forma literal e solta, ela deve ser feita em consonância com vários princípios, entre eles cabe destaque para o princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, ou harmonização, da eficácia integradora, da máxima efetividade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Assim, como se verá, ainda neste capítulo, que o combate ao abuso de poder nas eleições leva em conta não simplesmente os direitos políticos, mas a congruência de vários fatores. Destaca-se, como dito alhures, o fortalecimento da Justiça Eleitoral, a aplicação dos princípios constitucionais, as normas constitucionais posteriores a constituição, como a Lei das Inelegibilidades criada em decorrência do §9º do art. 14 da CF/88. Pontos que serão analisados a seguir.

Feitas essas ponderações, sem maiores destaques para a Carta Magna vigente sobre o tema, pois a parte principiológica será vista mais à frente, passa-se ao levantamento da norma sobre o abuso de poder no ordenamento infraconstitucional e pela ordem cronológica da criação das Leis em vigor.

Apesar de o Brasil possuir leis eleitorais anteriores a 1965, como já visto, CE desde 1932, entende-se, neste trabalho, que após a república, as maiores mudanças sobre o controle da influência do abuso de poder sobre as eleições aconteceram posteriormente à Constituição Federal de 1988. Esta afirmação, como já explanada, decorre tanto em razão das garantias postas no texto constitucional e a consequente postura de seus interpretes ao reconhecerem a “constitucionalização do direito” (BARROSO, 2016), quanto pelo fortalecimento do órgão jurisdicional de fiscalização, a Justiça Eleitoral, mas principalmente em razão da criação das normas infraconstitucionais posteriores a 1988.

De todo modo, antes da CF/88, cabe destaque ao Código Eleitoral que é visto como a base do Direito Eleitoral brasileiro e está em vigor desde 1965. Após a CF/88 três leis merecem evidência, em ordem de criação, são as seguintes: Lei Complementar 64 de 1990 - LC 64, ou Lei das Inelegibilidades, esta passou por duas emendas, a LC 81/1993 e pela famosa LC 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, tida como de iniciativa popular e que fez grandes transformações no ordenamento eleitoral, sobretudo no registro de candidatura. A Lei dos Partidos Políticos criada em 1995 - Lei 9.096/95. E em 1997 foi a vez da Lei das Eleições - Lei 9.504/97. Essas duas

últimas Leis, desde suas criações, trazem no bojo importantes novidades, assim como, também têm sofrido grandes alterações até os dias atuais. As três leis ora descritas foram sendo modificadas para melhorar a fiscalização e o controle dos partidos e dos candidatos. Várias foram as “minirreformas” eleitorais que modificaram, em muito, a forma de se realizar as eleições e de se fazer as campanhas. O Quadro-Resumo, a seguir, ajuda na compreensão mais detalhada dessas reformas:

Quadro 01 – Principais reformas: Quadro-Resumo

Lei 9.259/1996	Acrescenta parágrafo único ao art. 10, dispõe sobre a aplicação dos arts. 49, 56, incisos III e IV, e 57, inciso III, da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, e dá nova redação ao § 1º do art. 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.
Lei 9.693/1998	Modifica a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), para tratar de punição ao partido político mediante suspensão de cotas do Fundo Partidário.
Lei 9.840/1999	Altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.
Lei 10.408/2002	Altera a Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, para ampliar a segurança e a fiscalização do voto eletrônico.
Lei 10.740/2003	Altera a Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e a Lei no 10.408, de 10 de janeiro de 2002, para implantar o registro digital do voto.
Lei 11.300/2006	Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997.
Lei 12.034/2009	Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.
Lei 12.875/2013	Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica.
Lei 12.891 / 2013	Altera as Leis nos 4.737, de 15 de julho de 1965, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para diminuir o custo das campanhas eleitorais, e revoga dispositivos das Leis nos 4.737, de 15 de julho de 1965, e 9.504, de 30 de setembro de 1997.
Lei 12.976/2014	Altera o § 3º do art. 59 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para estabelecer a ordem dos painéis na urna eletrônica.
Lei 13.107/2015	Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre fusão de partidos políticos.

<p>Lei 13.165/2015</p>	<p>Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.</p>
-------------------------------	---

Fonte: o autor, a partir da legislação, 2017.

O Quadro 01 demonstra, em sua organização e detalhamento, que o ordenamento jurídico eleitoral brasileiro sofreu um número considerável de modificações desde a criação de suas principais Leis e após a vigência da atual Constituição Federal.

O conjunto de dados, expressos no Quadro em análise, reforçam o entendimento de que, em razão da promulgação da Carta Magna vigente e das inovações legislativas trazidas posteriormente, pode-se afirmar que o Direito Eleitoral saiu fortalecido. Diante, pois, da realidade vislumbrada no quadro em referência, que contém aspectos temporais e históricos do arcabouço normativo vigente, deve-se adentrar para outro ponto, no caso, a análise de artigos dessas normas infraconstitucionais, nos subitens que seguem.

2.1.2 As normas infraconstitucionais

Nesse passo, iniciando-se pelo Código Eleitoral no que foi recepcionado pela Constituição Federal vigente, deve-se destacar o seguinte artigo:

Art. 237. **A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade**, em desfavor **da liberdade do voto**, serão coibidos e punidos. [...]

§ 2º Qualquer eleitor ou partido político poderá se dirigir ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, e pedir abertura de investigação para apurar **uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou de partido político**. (grifo nosso)

A Constituição Federal acompanhou a norma acima, ou seja, apesar de não descrever uma conduta tida como abuso de poder, delimita qual o objeto jurídico que se deve proteger: no caso expresso: a liberdade do voto. Portanto, como se constata, não fala em normalidade da eleição, mas liberdade do voto.

Também, do mesmo modo da Constituição Federal, expressamente, o Código Eleitoral destaca somente dois tipos de abuso de poder em que devem ser coibidas suas influências sobre o voto, quais sejam: o econômico e o político, ou de autoridade.

Desse modo, extrai-se das normas descritas, neste item, que a Justiça Eleitoral não deve, como regra, proteger o candidato, o partido, pois o bem jurídico constantemente citado é a liberdade do voto, a normalidade da eleição, em suma, a democracia. É de conhecimento que, além do Código Eleitoral, existem três outras Leis de enorme relevância para o Direito Eleitoral e que devem ser analisadas, trata-se das seguintes Leis: LC 64/90, Lei 9.096/95 e Lei 9.504/97.

Novamente, utilizando-se da ordem cronológica, passa-se à análise da Lei Complementar 64/90. Interessante observar nesta Lei que a inelegibilidade da alínea “d”⁴², do inciso I do art. 1º, é decorrente da representação julgada procedente por abuso de poder econômico e político. Ou seja, fica claro que uma das punições pelo abuso de poder é a inelegibilidade.

Vê-se na alínea “h”⁴³, do mesmo inciso e artigo da mencionada Lei Complementar, que trata da inelegibilidade para os que a outrem ou a si se beneficiaram nas eleições de abuso de poder econômico e político. Conclui-se que essas inelegibilidades são vistas como forma de coibição da conduta do abuso de poder. De qualquer maneira, não menos importante a apresentação dessas inelegibilidades, interessante ressaltar que a Lei das Inelegibilidades dita o rito processual para apurar e punir o abuso de poder.

Ademais, essa Lei, de forma didática, ao descrever a ação judicial eleitoral a ser utilizada para apurar o abuso de poder econômico e político, a Ação de Investigação Eleitoral – AIJE, descreve claramente qual **o bem jurídico** que deve ser protegido: a liberdade do voto. Não fosse isso, também dispõe qual é **o objetivo** da

⁴² d) os que tenham contra sua pessoa *representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral*, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, **em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político**, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

⁴³ h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

apuração e da punição das transgressões decorrentes do abuso de poder: proteger a normalidade e legitimidade das eleições, como ilustra o referido trecho:

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, **abuso do poder econômico ou político**, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No contexto legal em análise, comporta observar que a norma diz, confessadamente, que após apuradas as transgressões e constatado o abuso de poder na eleição, esta não é mais considerada legítima. Assim, extrai-se dessa norma outro resultado da punição, não só a inelegibilidade, mas também a possibilidade de se anular o voto. Em outras palavras, o resultado da vontade popular, o voto dado ao candidato que se aproveitou do abuso de poder pode ser declarado nulo.

Entende-se da norma que o voto resultado da influência do abuso de poder político e econômico não possui um de seus elementos intrínsecos de validade, a manifestação da vontade livre do eleitor. E, novamente, reforça-se que o preceito legal dispõe tão somente sobre o abuso de poder econômico e o político.

Ainda analisando os artigos da Lei das Inelegibilidades, cabem alguns comentários sobre o art. 22⁴⁴ e artigos seguintes, que tratam do rito da AIJE, também denominada representação (COELHO, 2009, p. 273)⁴⁵ por uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade. No caput desse artigo, descreve-se o uso indevido dos meios de comunicação como uma forma de abuso de poder. A norma determina, claramente, somente três tipos de abuso como causa de pedir da ação da AIJE. Do mesmo modo a doutrina e a jurisprudência.

⁴⁴ **Art. 22.** Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à *Justiça Eleitoral*, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

⁴⁵ A representação pode ser utilizada para outros casos de abuso de poder como o do 30-A da Lei das Eleições, como também para a apuração do 41-A, captação ilícita de sufrágio, também da Lei das Eleições.

Desse modo, conclui-se que o resultado da representação do art. 22, em razão de suas consequências, como anulação de eleição, cassação de mandato, possui um significativo destaque na Justiça, a ponto de determinar que o Ministério Público e os Magistrados fiquem obrigados a dar prioridade em sua tramitação, devendo também obediência aos prazos da ação, sob pena de responsabilização (art. 26-B da LC 64/90)⁴⁶.

Finda a análise da Lei das Inelegibilidades, passa-se para a Lei das Eleições, Lei 9.504/97. O Art. 18-B⁴⁷, inserido no art. 2º da Lei nº 13.165/2015, que possibilita acionar o judiciário por abuso de poder econômico decorrente do descumprimento do limite de gastos.

Ainda sob o rol das contas, o abuso de poder econômico pode ser reconhecido quando da comprovação de caixa dois, conforme entendimento disposto no §3º⁴⁸ do art. 22. Ainda na toada da prestação de contas, o art. 25⁴⁹ deixa claro que o descumprimento do conteúdo de lei sobre arrecadação e gasto pode levar os candidatos beneficiados a responderem sobre abuso de poder econômico.

Nesta Lei, constata-se, pela primeira vez, um rol de condutas descritas que podem ser vistas como uma espécie do abuso de poder. Talvez nesse ponto, possa

46 Art. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de habeas corpus e mandado de segurança.

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares.

§ 2º Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização.

47 Art. 18-B. O descumprimento dos limites de gastos fixados para cada campanha acarretará o pagamento de multa em valor equivalente a 100% (cem por cento) da quantia que ultrapassar o limite estabelecido, sem prejuízo da apuração da ocorrência de abuso do poder econômico.

⁴⁸ §3º O uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica de que trata o caput deste artigo implicará a desaprovação da prestação de contas do partido ou candidato; comprovado abuso de poder econômico, será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado.

49 Art. 25. O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico.

ser considerado o que se trata de regramento de condutas que podem ser consideradas abuso de poder, uma vez que, a depender da gravidade do fato.

Afora o exposto, cabe destaque que neste ponto não se emprega a proteção à “normalidade das eleições”, como visto na constituição, ou “a liberdade do voto” como empregado no Código Eleitoral e na Lei das Inelegibilidades, aqui a norma sustenta a proteção à igualdade de oportunidade dos candidatos (caput do Art. 73 da Lei 9.504/97).

O referido rol de condutas vedadas estende-se, conforme espelhado na Lei das Eleições, entre os artigos 73 e 78. Ademais, por estarem expressamente descritas como proibidas e que, se deslocadas do período eleitoral tais condutas, em sua grande parte, não seriam consideradas atos ordinários do serviço público, elas devem ser vistas, por conseguinte, tão somente como uma subespécie do abuso de poder político. Uma vez que se supõe a aplicação de multas, não a inelegibilidade.

Existem outras vedações espalhadas pela Lei de Eleições, como a de receber doações de certas pessoas jurídicas, art. 24. Hoje, segundo essa norma, a pessoa jurídica não pode mais doar em razão do entendimento do STF.

De outra espécie, o art. 74⁵⁰ dessa referida Lei das Eleições dispõe que nos casos de apuração das AIJEs por abuso de poder político, por uso indevido dos meios de comunicação social, configura-se o abuso quando houver a infração do § 1º do art. 37 da Constituição Federal. Ou seja, o uso de símbolo, nomes e imagens que caracterizem promoção pessoal de servidor ou autoridade, cria uma outra espécie de abuso de poder político.

Por fim, cabe extrair um parâmetro de relevo da norma a ser aplicada ao caso concreto. Em 2010, a Lei Complementar 135 foi publicada, como dito alhures, entre as várias modificações feitas no ordenamento jurídico eleitoral pátrio, cabe destaque ao inciso XVI do art. 22 da Lei 64/90. Este inciso trouxe uma inovação quanto ao caráter de subjetividade da análise do fato tido como abuso de poder.

50 Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, **a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal**, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.

A partir dessa nova lei, o ato de abuso de poder passa a ser analisado em razão da “gravidade do fato” e não mais quanto a sua “potencialidade” de modificar o pleito. De qualquer modo, esse caráter de ponderação do abuso de poder praticado será visto mais à frente, neste estudo, ao tratar de elementos quantitativos e qualitativos.

Assim, pode-se concluir que a legislação eleitoral trata expressamente tão somente de três tipos de abuso de poder, o abuso de poder econômico e político, cujas influências sobre os seguintes temas, ou objetos, devem ser repelidas:

1. “Normalidade e legitimidade das eleições”, §9º do art. 14 da CF,
2. “Liberdade do voto”, caput do art. 237 do CE e art. 19 da LC 64/90;
3. “Em benefício de candidato ou de partido político”, § 2º do art. 237 do CE, art. 22 da LC 64/90;

Portanto, pode-se concatenar que três são os bens jurídicos protegidos contra influência e o abuso de poder econômico, político, ou de autoridade, e do uso indevido dos meios de comunicação. Ressalta-se sobre a importância e necessidade desse abuso ser examinado em relação a sua gravidade, inciso XVI do art. 22 da Lei 64/90. Também, que a análise dos parâmetros legais feita nesta parte do trabalho foi, unicamente, de extração do conteúdo literal da norma, não se faz uso de análises subjetivos, que somente serão feitos ao se extrair os princípios utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral, e os elementos quantitativos e qualitativos na aplicação da norma ao caso concreto.

Ou seja, deixa-se como registro conclusivo desta subseção, que os demais parâmetros a serem abordados no presente trabalho se extraem do resultado da construção hermenêutica empregada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

2.2 Os princípios eleitorais no reconhecimento do abuso de poder

Ao se analisar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, *prima facie*, evidencia-se que, apesar de receber pouco destaque da doutrina, os princípios de direito eleitoral são utilizados como um recurso de interpretação em quase todos os julgados sobre abuso de poder, à mercê dos argumentos de autoridade neles transcritos, aspectos que deveriam ser mais trabalhados dentro do Direito Eleitoral.

Entende-se, à luz desta vertente analítica que, por mais que despercebidos pela doutrina, a jurisprudência se encontra volumosamente repleta de citações e uso de princípios constitucionais e eleitorais como argumentos de autoridade para fundamentar a decisão, ou até mesmo, justificar a aplicação de outro princípio, ou, na adequação da dosagem de aplicação das sanções decorrentes do reconhecimento do abuso de poder ao caso concreto. Como se verá nas considerações expressas a seguir.

Neste trabalho, os princípios constitucionais aplicados pelos Ministros do TSE como intrínsecos ao Direito Eleitoral e decorrentes, em sua grande maioria, da tutela do maior bem jurídico protegido, que resume os demais, a democracia, servem como ponto de partida para se buscar a resolução do caso concreto ou por falta de uma regra específica e/ou como forma de se buscar uma decisão justa. Nesse sentido descreve Brutau (1977, p. 183):

Os princípios (*principles*) – diz-nos POUND – são pontos de partida autorizados para o silogismo jurídico, que se empregam sempre, e com perfeita legitimidade, quando os casos em debate não se encontram exatamente previstos pelas regras em sentido estrito.

[...]

A vigência desses princípios pressupõe, numa palavra, a possibilidade de que se apresente problemática a resolução de algum conflito – seja pela falta de regra estrita respectiva, seja porque a solução prevista pareça notoriamente injusta. Impõe-se, destarte, o recurso a uma regra autorizada, a qual respeito à solução que se busca, representa literalmente apenas a um ponto de partida para chegar-se à solução que se reputa a mais adequada. (BRUTAU, 1977, p. 183).

Como visto na sessão anterior, o abuso de poder não está disposto como uma regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas em cláusulas abertas. Faz-se exceção quanto à lista de condutas vedadas, dispostas na lei das eleições, que por possuir uma maior densidade semântica, poderia dizer que são parâmetros não taxativos de condutas tidas como abusivas, se demonstrada a gravidade dos fatos. Todavia, reconhece-se que esses princípios se fazem necessários em razão da abstração da norma.

Mediante um contexto historiográfico, muito, ainda, se poderia registrar acerca da evolução da democracia brasileira, visto ter sido somente destacado anteriormente as mudanças estruturantes no conceito do Direito Constitucional, que refletiram, de forma positiva, na compreensão dos princípios eleitorais como vetores de uma

decisão justa. Contudo, este não é o objeto do presente estudo, tampouco evade da necessidade de, ao menos, favorecer a compreensão mais alargada acerca do panorama jurídico pós 1988.

Assim, cabe destaque o ensinamento de Dallari Bucci (2006, p. 12-13), pelo qual o Brasil, por se tratar de uma jovem democracia em processo de desenvolvimento, passou a se inspirar nos aspectos dos países desenvolvidos, buscando nesses países institutos para aqui serem usados.

A providência prioritária durante a criação da nova ordem constitucional foi implantar regras básicas do Estado de Direito, bem como as condições essenciais da igualdade eleitoral, para que ocorram disputas eleitorais corretas, sem fraudes ou manipulações dos meios de comunicação, possibilitando superar governos autoritários e a dominação de oligarquias. (DALLARI, 2006, p. 13). Pode-se resumir todo o contexto da evolução da democracia, com a afirmação de que o Brasil buscou implementar as regras básicas de um Estado de Direito Democrático. Neste ponto destacam-se os princípios democrático e o republicano, dos quais derivam a grande maioria, que mais à frente serão analisados pormenorizadamente, como o princípio da igualdade eleitoral, ou igualdade de chances.

2.2.1 A regra e os princípios de natureza processual e material.

Todos os princípios, a seguir analisados, passaram a ser vistos conforme o ensinamento de Brutau (1977), ou seja, também como parâmetros quantitativo e qualitativo de aplicação da norma e análise do caso concreto, ou mesmo, como fonte direta para solução da lide, em casos excepcionais.

Ademais, cabe realçar que a hermenêutica moderna dispõe que os princípios constitucionais devem ser compreendidos com a ideia de “mandato de otimização” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 37), o que torna possível selecionar os princípios constitucionais e eleitorais mais utilizados como subsídios de orientação e fonte direta do intérprete, o que ultrapassaria a ideia de uma simples “bússola”. Assim, ao fazer a escolha dos princípios abordados nesse trabalho, fez-se consulta aos princípios do Direito Eleitoral, mais citados em doutrinas dessa área do Direito.

Nesse diapasão, inicia-se por Marcos Ramayana (2009, p. 32-61) que, ao tratar em seu livro sobre princípios, seleciona os seguintes: da lisura das eleições, do

aproveitamento do voto, da celeridade, da devolutividade dos recursos, da preclusão instantânea, da anualidade, da responsabilidade solidária entre candidatos e partidos políticos, da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, da moralidade eleitoral.

Já para Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2012) tem-se que o Direito Eleitoral é servido dos seguintes princípios: celeridade, isonomia ou da lisura das eleições, devolutividade dos recursos, preclusão, da anualidade ou anterioridade da lei, da responsabilidade solidária entre candidatos e partidos.

Considerando-se a perspectiva desta discussão e para não ficar repetindo vários autores, pois muitos usam os mesmos princípios citados ora elencados, deve-se fazer referência a um último jurista e professor, o Ministro Luiz Fux (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 105-140), que enumera os seguintes princípios: republicano, democrático, soberania popular, liberdade de expressão, igualdade de chances (ou de oportunidades), legitimidade e higidez do prélio eleitoral, moralidade, probidade e ética eleitorais, a (regra da) anualidade ou anterioridade eleitoral, proporcionalidade, razoabilidade, minimalismo judicial, princípio das capacidades institucionais.

A ideia de trazer para análise as três listas transcritas neste estudo, é que delas se podem construir, prontamente, algumas considerações. Primeiramente, não há uma consistência entre elas, as duas primeiras fazem mais referências a princípios de Direito Processual Eleitoral do que, propriamente, de Direito Eleitoral. Somente a última lista descreve o que poderia se intitular princípios Direito Material e Hermenêuticos. (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 137).

Ao se afirmar que a última lista elencou princípios de Direito Material e Hermenêutico, encontrou-se apoio e fundamento nos dizeres de Fux e Frazão, postas nas considerações finais do capítulo que versa sobre “princípios eleitorais”:

[...] procurei não apenas alencar um catálogo de princípios reitores, o que seria, a meu sentir, tarefa despicienda, mas identificar conteúdos jurídicos, ainda que mínimos, capazes de orientar a atuação do legislador ordinário, bem como de facilitar a sua aplicação, por parte de juízes e tribunais, no deslinde de controvérsias concretas. (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 137).

Destaca-se do exposto, não que os princípios do processo judicial eleitoral não sejam importantes, mas que não terão aproveitamento para o presente trabalho. Um equívoco que acontece com muita frequência na esfera do Direito Eleitoral é

considerar indiferente o Direito Processual do Material, em especial pela não existência de uma separação dentro da legislação específica das normas de direito processual para as de direito material propriamente ditas.

O Direito Processual Eleitoral, como um todo, como visto no item 2.1, encontra-se esparso pelas normas eleitoras, do mesmo modo que o Direito Material Eleitoral. De qualquer forma, faz-se necessária essa distinção, pois muitos dos princípios atinentes à vertente processual não se encaixam na sistemática de parâmetro interpretativo ou normativo para aplicação ao caso concreto, trata-se simplesmente de uma regra.

Sendo assim, nesse trabalho, o entendimento é que os seguintes princípios elencados não serão relacionados como parâmetros: da celeridade, da devolutividade dos recursos, da preclusão instantânea ou preclusão, da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, pelo fato de que são meramente regras processuais. Mesmo assim, entende-se que merecem ser examinados, justificando-se sua não aceitação neste trabalho.

Ao analisar-se o conceito do princípio da celeridade, expostos por Coêlho (2012, p. 84-85) e Ramayana (2009, p 34-35), pode-se constatar que se trata mais especificamente de uma justificação do rito dos procedimentos e do processo na Justiça Eleitoral. A singularidade de todo o rito, dos prazos, das formas de citação, da responsabilidade dos magistrados e do ministério público na condução do processo. Presta-se, pois, o referido princípio tão somente para embasar a legitimidade dos ritos processuais existentes no processo judicial eleitoral, não seria, portanto, uma regra, visto que se trata mais de um argumento de defesa talvez, para se justificar na Justiça Eleitoral a mitigação do contraditório e da ampla defesa. Desse modo, concebe-se que não serve, ao presente trabalho, como parâmetro de decisão para analisar-se abuso de poder.

O princípio da devolutividade dos recursos traduz-se como regra, tratado tão somente no artigo 257 do Código Eleitoral, cujo teor dispõe que no processo eleitoral os recursos não serão recebidos no efeito suspensivo (RAMAYANA, 2009, p. 35). Todavia, esse princípio deve ser visto com certa ressalva, pois o art. 4º, da Lei no 13.165/2015, acrescentou o §2º ao art. 257 do CE. Em razão desse novo parágrafo, todos os recursos ordinários que tratem de cassação de diploma ou de registro devem

ter efeito suspensivo. Convém, portanto, entender-se que, como efeito, ocorreu uma mitigação a esse princípio, ou regra processual.

De forma similar deve ser tratado o princípio da preclusão. Como informado por Ramayana (2009, p. 40), decorre esse princípio da regra posta nos arts. 147 e 149 do CE. Sua aplicação decorre do dever de se arguir toda matéria infraconstitucional no momento oportuno, em geral, o registro de candidatura. Entende-se que não se poderia tratar esse tema como princípio, todavia, a doutrina assim entende.

Da irrecorribilidade das decisões, novamente, apresenta-se mais uma regra resultante do art. 281 do CE, que dispõe sobre a irrecorribilidade das decisões do TSE, frente à possibilidade de se discutir matéria constitucional em sede de recurso especial, o que transforma o Tribunal Superior Eleitoral, na maioria dos processos em curso na Justiça Eleitoral, como última instância de decisão na Justiça Eleitoral (RAMAYAN, 2009, p. 258). Todavia, cabe ressaltar que pelo fato de se poder discutir matéria constitucional no RESPe, não obsta a possibilidade de Recurso Extraordinário para o STF quando houver desrespeito à CF/88.

As justificativas ora descritas fizeram-se necessárias para fundamentar o porquê dos princípios que serão analisados e listados como parâmetros para o intérprete na constatação do abuso de poder. Acolhe-se, nesse trabalho, o termo princípios eleitorais, como bem utilizada essa terminologia pelo Ministro Luís Fux ao dispor em seu livro sobre “Princípios Eleitorais” (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 105) e não princípios do Direito Eleitoral. Muitos dos princípios utilizados nas decisões dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral não são exclusivos ao Direito Eleitoral, portanto, não seria prudente citar como princípio exclusivo de Direito Eleitoral aqueles denominados princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que no plano constitucional são considerados de grande envergadura.

2.2.2 Os princípios eleitorais utilizados como parâmetros

Nesse passo, tendo sido explicado o porquê de tomar de empréstimo o termo “princípios eleitorais” do Ministro Fux, destaca-se que, também, serão analisados como parâmetros os princípios por ele apresentados, pelos motivos já apresentados anteriormente, tendo em vista que servem para facilitar o intérprete “no deslinde de controvérsias concretas”. (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 137).

Assim considerado, diz-se que, entre os princípios eleitorais utilizados como parâmetro para apuração do abuso de poder, dois princípios fundantes do Direito Eleitoral e Constitucional se destacam: o princípio democrático e o republicano. Observa-se de tais princípios, como também de grande parte dos demais princípios eleitorais a serem analisados, que eles até podem ser extraídos da leitura de uma simples norma constitucional, mas, a rigor, não os são, pois decorrem da compreensão do arranjo constitucional, da interpretação sistêmica do bloco de constitucionalidade e das normas eleitorais vigentes.

Um ponto geral sobre princípios que merece ser aventado, antes de passar-se ao exame de caso um, é que em grau de recurso para a instância recursal especial, o Tribunal Superior Eleitoral entende que não só a norma, mas a aplicação dos princípios também deve ser prequestionada, sob pena de não serem conhecidos:

Acerca da aplicação, à espécie, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a matéria apenas foi arguida em agravo regimental, o que evidencia inovação da matéria por tal prisma, procedimento inadmissível em sede de recurso especial, em face da ocorrência da preclusão consumativa.⁵¹

Da jurisprudência em apreço pode-se desenvolver o entendimento de que os princípios no Direito Eleitoral não são simples recursos subsidiários de hermenêutica, mas se caracterizam como fonte do Direito, demonstrando a importância desses princípios para a análise, apuração e aplicação das sanções correspondentes nos casos de apuração do abuso de poder na Justiça Eleitoral. Nessa direção, passa-se ao exame dos principais princípios eleitorais extraídos dos doutrinadores citados nesta sessão e da jurisprudência.

a) Princípio Republicano

No Brasil a forma de governo vigente é a República que, diferentemente da monarquia, seus governantes respondem pelos atos praticados durante sua gestão, e os mandatos são periódicos e por tempo determinado. Sua nomenclatura é extraída do latim “res publica” que, literalmente, significa coisa pública.

⁵¹ (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 43858, Acórdão de 11/10/2016, Relator(a) Min. ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 207, Data 27/10/2016, Página 16-17)

Trata-se de uma forma de governo que impõe preceitos e características que devem ser respeitados nos Estados Republicanos, cuja a aplicabilidade no Direito e na administração se dá por meio do Princípio Republicano.

Extraí-se o Princípio Republicano do caput do art. 1º do Título I da Constituição Federal vigente, que também se encontra distribuído em várias outras partes da Constituição, como no “postulado da publicidade (CRFB/88, arts. 1º, caput, 5º, XXXIII, e 37, caput), e no dever de prestação de contas”. (FUX, FRAZÃO, 2016, p. 106).

O Tribunal Superior Eleitoral tem se utilizado do princípio republicano em diversos casos importantes, o eminente Ministro Luiz Fux, ao julgar um caso bastante complexo, o RESPe n. 85911, ressaltou a importância do princípio republicano no dever de prestar contas.⁵²

Trata-se, em suma, o RESPe n. 85911, de um processo de aprovação de contas de campanha de um candidato a vereador que teve suas contas de campanha reprovadas no Tribunal Regional Eleitoral em razão de ter o partido repassado para o candidato dinheiro oriundo de fontes vedadas.

O TSE deu provimento ao referido RESPe, aprovando as contas do candidato, por entender que não há, no caso, a responsabilidade objetiva do candidato, que são contas autônomas, uma do partido político e outra do candidato, e por isso não se transferiria para este a ilegalidade constatada na prestação de contas do partido.

O que se quer ilustrar não é propriamente a necessidade de observar o caso em si, mas demonstrar o uso do princípio republicano como parâmetro do magistrado. Da própria ementa do acórdão pode se retirar uma linha de raciocínio muito instigante, realizada pelo Ministro Relator, ao afirmar que em razão do dever de prestar contas, imperativo esse extraído do princípio republicano, pode-se evitar em parte o abuso de poder econômico, o que estaria ligado umbilicalmente ao princípio da igualdade de chances e até a noção de democracia. Transcreve-se, a seguir, para melhor compreensão, o texto da ementa:

1. A prestação de contas, conquanto dever funda-se no princípio fundamental republicano (CRFB/88, art. 1º, caput), e seu corolário imediato o postulado da publicidade (CRFB/88, arts. 1º, caput, 5º, XXXIII, e 37, caput). A despeito de

⁵² Recurso Especial Eleitoral nº 85911, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 16/02/2016, Página 53.

conteúdo plurissignificativo e de vagueza semântica, afigura-se possível identificar alguns atributos normativos mínimos no conteúdo jurídico dos aludidos cânones magnos, quais sejam, (i) a existência de uma concepção igualitária de bem público, cuja titularidade é atribuída ao povo, (ii) distinção entre patrimônio público e privado dos governantes, (iii) a eletividade dos representantes populares, (iv) periodicidade dos mandatos e (v) o dever de prestação de contas, com a consequente possibilidade de responsabilização político-jurídica de todas as autoridades estatais (PILATTI, Adriano. O princípio republicano na Constituição de 1988. In: Cadernos de Soluções Constitucionais 1. Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. São Paulo: Malheiros, p. 13-14).

[...]

5. A prestação de contas se conecta umbilicalmente a princípios caros ao Direito Eleitoral, como a igualdade de chances entre os partidos políticos, à moralidade eleitoral, e, em última análise, à própria noção de Democracia.

6. A prestação de contas evita ou, ao menos, amaina os reflexos nefastos do abuso do poder econômico que, no limite, desvirtuam a igualdade de chances entre os candidatos e as agremiações partidárias, ao mesmo tempo em que se franqueia maior legitimidade ao processo político-eleitoral, sob o prisma do diálogo com a moralidade eleitoral.

Como se constata mediante o exposto, o princípio republicano é corolário do Direito Eleitoral, pois além dos ensinamentos apresentados, os quais se verificam como um de seus efeitos: o dever de prestar contas. Esse princípio, também tem sido utilizado para repelir abusos de poder realizados de forma indireta, destacando-se sua utilização como fundamento para banir a perpetuação no poder em razão da manutenção, no cargo majoritário, de pessoas de uma mesma família⁵³. Foram os famosos julgados que proibiram os denominados “prefeitos itinerantes”, que seriam aqueles que se candidatavam para um terceiro mandato em cidades circunvizinhas.⁵⁴

b) Princípio Democrático

Quanto ao Princípio Democrático cabe dizer que se equipara à mesma dimensão do Princípio Republicano, pois se encontra no patamar de princípio fundamental, conforme disposto no art. 1º, caput e parágrafo único da Constituição Federal vigente. Também, encontra-se difundido em toda Constituição a modo de merecer a seguinte consideração de FUX: “dada a elevada vagueza e a indeterminação semântica, a definição do conteúdo jurídico sempre será imprecisa e

⁵³ REspe nº 32.539/AL, rei. para o acórdão, Min. Ayres Britto, PSESS de 17.12.2008.

⁵⁴ RE 637.485, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-8-2012, P, DJE de 21-5-2013, com repercussão geral.

propiciará divergências na aplicação a casos concretos”. (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 112).

Todavia, se por um lado não se consegue consenso na aplicação dispositiva direta como norma concretizadora, por ser princípio fundamental, manifesta-se como parâmetro interpretativo (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 113).

Em julgamento recente realizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.650, DJe. 24.02.2016, sobre financiamento de campanha, fato que teve grande repercussão e que alterou drasticamente o processo eleitoral, pois proibiu o financiamento de campanha por pessoas jurídicas, apoiou-se no princípio democrático, colocando-o como um dos fundamentos para expurgar a doação direta e indireta de pessoas jurídicas, em razão da cidadania ser exercida por pessoas físicas e não por entes jurídicos.

A compreensão que emerge, dentre outras, é que, quando houver dúvida, deve-se usar o princípio democrático. “Na Justiça Eleitoral, existindo dúvida na interpretação da norma, prevalece o *jus honorum* do cidadão, em homenagem ao princípio democrático, a fim de se ver concretizado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecido no art. 1º, II, da Constituição Federal, qual seja: a cidadania”⁵⁵.

c) Princípio da Soberania Popular

O princípio da soberania popular é extraído do princípio democrático. Pode-se observar que muitos dos demais princípios eleitorais são decorrentes dos dois apresentados anteriormente. Este princípio – Soberania Popular, tem sido bastante utilizado hodiernamente como forma de se garantir a vontade popular frente à ilegalidade da eleição. Em outras palavras, aplica-se o princípio da soberania popular como forma de dar maior valor ao voto em detrimento do abuso de poder. Tem sido considerado, esse princípio, um forte contrapeso à cassação de detentores de mandatos eleitos pelo voto direto.

Em razão de seu visível fortalecimento, esse princípio passou a ser mais questionado, indagando-se, nesta perspectiva, se todo abuso de poder pode macular

⁵⁵ (Recurso Especial Eleitoral nº 26211, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 56, Data 22/03/2017, Página 97)

uma eleição, se simples indícios são suficientes para se cassar um mandato, ou um diploma, ou mesmo, qual seria a extensão necessária da gravidade dos fatos para se reconhecer o abuso de poder nas condutas ilícitas.

Estes questionamentos decorrem da própria aplicação do princípio da soberania popular, que está mais para um princípio método, que para uma norma. Neste passo, observe-se o que diz o Ministro Gilmar Mendes sobre o tema:

[...] a configuração do abuso de poder, com a consequente imposição da grave sanção de cassação de diploma daquele que foi escolhido pelo povo afastamento, portanto, da soberania popular, necessita de prova robusta da prática do ilícito eleitoral, exigindo-se que a conduta ilícita, devidamente comprovada, seja grave o suficiente a ensejar a aplicação dessa severa sanção, nos termos do art. 22, inciso XVI, da LC nº 64/1990, segundo o qual, "para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam".[...] (Recurso Ordinário nº 191942, Acórdão de 16/09/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 189, Data 08/10/2014, Página 50/51 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 4, Data 16/09/2014, Página 300)

Outra aplicação do princípio da soberania popular, serviu para modificar o entendimento da jurisprudência pacificada do TSE sobre a possibilidade para as eleições de 2012 do partido/coligação substituir candidato a cargo majoritário até à véspera do pleito, Ação Cautelar nº 45364 de Relatoria da Min. Luciana Lóssio, publicado no DJe em 17/11/2016.

O referido caso foi interpretado à luz do princípio da soberania popular, extraindo-se desse princípio que: “[...]deve ser interpretada à luz do princípio da soberania popular, uma vez que o principal ator do processo eleitoral é o eleitor, que deve saber se a fotografia apresentada pela urna eletrônica corresponde ao real candidato por ele escolhido”. Assim, entendeu-se que estaria se fraudando a eleição por mudar a candidata pela sua filha. Mostra-se que o aplicador não engessa o princípio, mas amolda-o conforme o caso concreto e a sua necessidade.

A soberania popular pode e é utilizada, também, como fundamento para o não reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 224 do CE. Por esse novo parágrafo, se a Justiça Eleitoral cassar o registro ou diploma de candidato, até 6 meses antes do fim de seu mandato, haverá necessariamente novas eleições.

Todavia, conforme já ficou definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, é constitucional esse parágrafo.⁵⁶

d) Princípio da Liberdade de Expressão

⁵⁶ ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL.

1. As questões de ordem pública também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento. Precedentes. No caso, os temas apresentados pelo embargante não devem ser analisados simplesmente a partir da natureza de ordem pública que lhes é inerente, mas principalmente sob o ângulo da necessidade e da conveniência de este Tribunal explicitar os efeitos gerados por sua decisão, que, por não terem sido contemplados no acórdão embargado, viabilizam o conhecimento dos embargos de declaração.

2. A determinação da realização de nova eleição na hipótese em que o candidato eleito tem o registro de sua candidatura indeferido não é inconstitucional, pois privilegia a soberania popular e a democracia representativa.

3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97.

4. As decisões da Justiça Eleitoral que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária.

5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90; 216 e 257 do Código Eleitoral.

6. É inconstitucional a expressão "após o trânsito em julgado" prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, por violar a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular.

7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "após o trânsito em julgado" prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.

8. Manutenção do entendimento de que a renovação da eleição deve ocorrer após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que a quantidade de votos nulos dados ao candidato eleito com registro indeferido é superior ao número de votos dados individualmente a qualquer outro candidato

FIXAÇÃO DE TESE. CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

1. As hipóteses do caput e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não se confundem nem se anulam. O caput se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º se aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado.

2. A expressão "após o trânsito em julgado", prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional.

3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela de urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra:

3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, caput); e

3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo.

Embargos de declaração acolhidos e providos, em parte.

(Recurso Especial Eleitoral nº 13925, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 28/11/2016).

Não é tão simples identificar o princípio da liberdade de expressão dentro do rol dos princípios eleitorais. Ele deve ser visto como gênero de três tipos: liberdade de manifestação de pensamento, de informação e de imprensa (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 116).

Por mais que não apareçam esses três princípios explícitos como princípios eleitorais, eles estão mais que umbilicalmente ligados, não só como de aplicabilidade imediata, mas como argumento de defesa dos cidadãos ou candidatos de condutas tidas como ilegais. Poderiam ser considerados como “verdadeiros vetores interpretativos no deslinde de casos difíceis (hard cases), por se situarem em uma posição privilegiada dentro da Constituição”. (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 118).

Em outras palavras, ao se falar em abuso de poder pelos meios de comunicação, uma das ponderações que deve o aplicador do direito observar é até que ponto uma certa propaganda pode ser considerada como propaganda eleitoral antecipada, ou mera manifestação de sua liberdade de pensamento, ou liberdade de imprensa. (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 118). Aqui, há a demonstração do Ministro como o que foi apontado anteriormente, que o exercício do poder é o exercício de um direito, de uma liberdade. Cabe questionar, no entanto, qual é o limite dessa liberdade, desse direito?

Interessante observar que a literatura, nesse âmbito, pouco faz referência a esse princípio dentro do contexto do abuso de poder, apesar de ser intrinsecamente ligado ao princípio de liberdade de imprensa e informação, inclusive serve de ponderação para análise do abuso de poder, como consta da jurisprudência do TSE:

[...] A liberdade de informação jornalística, segundo a qual, "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" (art. 220, § 1º, da CF/88), permite, na seara eleitoral, não apenas a crítica à determinada candidatura, mas também a adoção de posição favorável a certo candidato, salvo evidentes excessos, que serão analisados em eventual direito de resposta ou na perspectiva do abuso no uso indevido dos meios de comunicação [...]
(Recurso Ordinário nº 191942, Acórdão de 16/09/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 189, Data 08/10/2014, Página 50/51 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 4, Data 16/09/2014, Página 300).

[...] A exteriorização de opiniões, por meio da imprensa escrita, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis, faz parte do processo democrático, não podendo, bem por isso, ser afastada, sob pena de amesquinhá-lo e, no limite,

comprometer a **liberdade de expressão**, legitimada e legitimadora do ideário de democracia. [...]

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 68579, Acórdão de 06/09/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 205, Data 25/10/2016, Página 30-31).

Vários são os julgados no sentido de que cabe ao magistrado averiguar os casos de arguição do abuso de poder nos meios de comunicação, conforme cada caso concreto. Observe que esse liame só pode ser equacionado nos casos da imprensa escrita, uma vez que conforme entendimento do TSE, o rádio e a televisão são decorrentes de concessão.

Essa diferenciação da imprensa escrita para os demais meios de comunicação, depois de pacificado na jurisprudência, foi transformada em norma a partir da Resolução do TSE 22.261/2006, que trata de propaganda eleitoral. Assim se encontra o § 3º do art. 14 dessa referida “Lei”:

§ 3º Não caracterizará propaganda eleitoral a divulgação de opinião favorável a candidato, a partido político ou a coligação pela imprensa escrita, desde que não seja matéria paga, mas os abusos e os excessos serão apurados e punidos nos termos do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

Ressaltada a diferença realizada sobre a divulgação pela imprensa escrita, uma vez que essa não depende de concessão do Estado para funcionar. Nos dias atuais, o problema de ponderação da liberdade de expressão está sendo mais debatida sobre o uso dos meios digitais. Existem muitos problemas a serem enfrentados pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas muitas das questões, principalmente sobre a liberdade de imprensa nas redes sociais, já foram acrescentadas no ordenamento jurídico pela Lei 12.034/2009 que modificou a Lei das Eleições. Nesse sentido, cita-se o art.57-D que, entre outros artigos, discorre sobre livre manifestação em campanha eleitoral:

Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

Mediante o exposto, evidencia-se que a liberdade de expressão, de imprensa, é um princípio que deve ser observado na análise do abuso de poder, especialmente quando tratar do abuso dos meios de comunicação.

e) Princípio da Igualdade de Chances ou da Igualdade de Oportunidades

O princípio da igualdade de chances é um dos mais frequentemente citados nos julgados sobre abuso de poder e está posto no ordenamento jurídico brasileiro (conforme visto no item 2.1), especificamente ao tratar do combate ao abuso de poder realizado em “benefício de candidato ou de partido político”, § 2º do art. 237 do CE, e art. 22 da LC 64/90. Esse princípio tem sua origem no direito alemão, *Chancengleichheit*. Tratava-se da neutralidade do Estado frente aos partidos, candidatos e coligações. (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 119).

Caracteriza-se como um dos princípios mais importantes do Direito Eleitoral, pois é inerente à própria legitimidade das eleições, como prolata Silva (2016):

Inexiste omissão quanto à apreciação alusiva à gravidade dos fatos que fundamentaram a condenação, porque o acórdão assentou que a utilização de recursos públicos para custear a campanha de candidato à reeleição constitui grave ofensa à legislação eleitoral, pois, independentemente da sua caracterização como ilícito em outras áreas do direito, gera a **indevida quebra do princípio da igualdade de chances** entre os candidatos, **atingindo a normalidade e a legitimidade das eleições**.

(Recurso Especial Eleitoral nº 38312, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 196, Data 11/10/2016, Página 66-67)

A quebra da igualdade de chances altera a lisura das eleições, esse princípio está muito ligado também ao princípio da legitimidade ou higidez do prélio eleitoral, isonomia ou lisura das eleições, que se analisará em seguida.

A paridade de armas, nome também utilizado ao presente princípio, é igualmente empregado como forma de dar neutralidade a uma das partes, quando uma delas é apoiada pelo governo. Assim, as condutas vedadas aos servidores e agentes políticos, dispostas no art. 73 da Lei das Eleições, expressam manifestação desse princípio, como a própria lisura das eleições. Nesse sentido, dispõe o Min. Gilmar Mendes:

Na perspectiva do Direito Eleitoral, a Constituição Federal é expressa ao afirmar a proteção à "normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (art. 14, § 9º). No âmbito infraconstitucional, a Lei das Eleições, por meio de seu art. 73, protege o princípio da igualdade de chances ou paridade de armas entre os contendores candidatos, partidos políticos e coligações, entendido assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida

política, sem o qual fica comprometida a própria essência do processo democrático.

(Recurso Especial Eleitoral nº 15297, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/10/2016, p. 61-62)

O princípio da igualdade de chances pode ser utilizado, também, como vetor de ponderação para análise de toda tipo de ilicitude que venha a beneficiar uma das partes, partidos ou coligações, como forma de motivar o abuso de poder.

A aplicação desse princípio deve ser vista pelo magistrado como uma normativa própria de manutenção da legitimidade do pleito eleitoral. A verificação da desigualdade entre determinados candidatos não pode ser vista como um axioma acerca do reconhecimento do abuso de poder, posto que há desigualdades inerentes à própria corrida eleitoral. Por exemplo, hoje, candidatos de partido que recebem menos dinheiro do fundo partidário, como não é mais permitido doação de pessoas jurídicas, parte-se do pressuposto que eles se encontram em desvantagem em relação aos candidatos de partidos que recebem maior parte do fundo partidário. De qualquer forma, o presente princípio deve ser visto como um princípio norteador e amplo que se presta como apoio à análise dos casos de abuso de poder.

Uma das premissas a ser utilizada na análise sobre a normalidade das eleições é a constatação de que a liberdade do voto não foi violada em razão do abuso de poder, a informação segura de que nenhum dos candidatos foi beneficiado, por conseguinte, a segurança de que a igualdade de chances foi mantida.

Interessante observar, nesse contexto, a consideração de Guedes (2014), mesmo que não se trate do mesmo tema, mas que é pertinente ao presente caso ao fazer uma distinção que deve ser vista também aqui, é saber quem são os destinatários do direito de igualdade e quem são os destinatários da obrigação de igualdade. (GUEDES, 2014).

Com efeito, se observado que o direito de igualdade como direito individual, esses direitos “só podem ser de todos, sem exclusão de ninguém”, e que a obrigação é dos “poderes públicos em toda a sua extensão” (GUEDES, 2014, p. 2016), em seguida, dispõe sobre a aplicação horizontal frente aos demais cidadãos.

Não obstante a comparação como o direito a igualdade, serve para demonstrar que o princípio da igualdade de chances, que se confunde com princípio da isonomia, da lisura das eleições, da legitimidade, ou higidez do prélio eleitoral, não se trata de um simples princípio, mas de um direito fundamental político, cujos destinatários são todos os cidadãos e a obrigação de cumprir é do Estado e de todos os envolvidos no processo eleitoral. Ou seja, não pode uma igreja, uma fundação, um estado, ou mesmo, um cidadão beneficiar um candidato de forma a tornar desiguais as chances.

Do art. 14, §9º se extraem os preceitos do princípio da isonomia das eleições, que dispõe claramente sobre proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nestes termos, o Ministro Gilmar Mendes⁵⁷ dispôs o seguinte: “A normalidade e a legitimidade do pleito, previstas no art. 14, § 9º, da Constituição Federal decorrem da ideia de igualdade de chances entre os competidores, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política”.

Assim, o princípio da igualdade de chances não deve ser visto tão somente como obrigação do Estado de não intervenção, ou mesmo de proteger os candidatos, ou partidos, pois o que está em jogo não é qualquer direito individual do candidato, mas a lisura do pleito, o direito à democracia, a voto sem interferência. O princípio em discussão deve ser visto nesse trabalho, como pressuposto da caracterização do abuso de poder, como um dos pressupostos basilares para se analisar a gravidade do fato para comprovação da incidência do abuso de poder a determinado caso concreto.

f) Princípio da Legitimidade e Higidez do Prélío Eleitoral

O princípio da legitimidade e higidez do prélio eleitoral poderia muito bem ser considerado como um subprincípio, resultante do princípio da igualdade de chances. Apesar de se pensar de modo diferente, deve-se constatar que o Ministro Fux pontifica que “não se mostra equivocado afirmar que o princípio da legitimidade e da higidez da competição eleitoral serve como parâmetro de análise para o juiz eleitoral aferir a

⁵⁷ (Recurso Especial Eleitoral nº 69541, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 120, Data 26/06/2015, Página 246/248).

ocorrência de prática de captação ilícita de sufrágio, de abuso de poder econômico, dentre outras infrações eleitorais.” (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 120).

Esse mesmo princípio é denominado por Marcus Vinicius (COELHO, 2009, p. 86) como princípio da isonomia ou da lisura das eleições e na norma constitucional tem como fundamento o art. 14, §9º, da Constituição Federal. Para Ramayna (2010, p. 33), o princípio da lisura das eleições também está contido no art. 1º da CF/88. De qualquer modo, como se pode observar, tanto o princípio da lisura das eleições como o da igualdade de chances encontra-se o preceito constitucional e deve funcionar como vetor de ponderação para os intérpretes.

Assim, a isonomia e a lisura das eleições possuem um papel preponderante no fortalecimento da Justiça Eleitoral e de sua intervenção na construção de uma jurisprudência forte, vinculante e que interfere diretamente na vida de todos os brasileiros, pois é do reconhecimento do descumprimento desse princípio pela Justiça Eleitoral que se vislumbra o abuso de poder.

O princípio da isonomia e lisura das eleições serve de fundamento para o controle do abuso de poder. Não pode qualquer autoridade, dentro de parâmetros igualitários, fazer uso de poder a ponto de prejudicar e interferir no pleito e que, de alguma forma, possa influenciar o eleitorado para escolher um determinado candidato em detrimento de outro.

g) Moralidade e da Probidade e da Ética Eleitorais: Princípios da Administração Pública

Salutar para o Direito Eleitoral erigir a moralidade, a probidade e a ética eleitorais a princípios eleitorais. A doutrina tem considerado a moralidade e a probidade princípios administrativos, como partes de princípios do direito eleitoral. (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 121).

Há de observar que a exigência de que no Direito Eleitoral os atos praticados pelos candidatos escolhidos, como também, as condutas durante as eleições não deveriam ser distanciadas das condutas que irão praticar quando gestores não deveria abarcar tão somente esses princípios. Ou seja, ponderar que somente com o surgimento da Lei da Ficha Limpa é que o Direito Eleitoral passou a abrigar esses

princípios do Direito Administrativo é menosprezar os demais princípios do direito administrativo.

Nesse passo, deve-se ater que apesar de ser o Direito Eleitoral muito específico, a ponto de possuir uma Justiça Especializada própria, considerada de direito público, não privado. Sendo assim, todos os princípios sobre valor da coisa publicam devem também ser emprestados, especial os princípios do Direito Administrativo, em especial os constitucionais, e direcionados a todos os que fazem uso da coisa pública, que forem eleitos e participem do pleito.

O Ministro Fux ao traçar a aplicação desses princípios, que para ele se encontram entrelaçados e que devem ser obedecidos, afirma que após a criação da Lei da Ficha Limpa (LC135/2010) de reinvidicação pela sociedade por maiores restrições aos candidatos tidos como fichas sujas, ampliaram-se as inelegibilidades, tal rigidez na análise da vida pregressa decorre da aplicação desses princípios. (FRAZÃO; FUX, 2016. p. 121).

O Ministro Fux entende que “no afã de salvaguardar a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 122).

De qualquer modo, o princípio da moralidade, probidade e ética eleitoral deve sim servir de meio para apuração das condutas realizadas pelo candidato, como também pelas condutas realizadas pelos dirigentes partidários e coligações durante e após o pleito eleitoral. Principalmente, como sopeso para se analisar as inelegibilidades e condições de elegibilidade, ou mesmo na própria configuração de abuso de poder político. Nesse sentido o TSE posicionou-se:

[...] 5. A conduta consistiu na distribuição, em período eleitoral, de mais de 6.000 (seis mil) mochilas com material escolar e 30.000 (trinta mil) cartões magnéticos denominados “cartões-saúde”, contendo o símbolo da administração municipal. 6. A decisão regional sopesou todo o conjunto probatório, afastou a configuração da captação de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97) e reconheceu o abuso do poder econômico, ao entendimento de que houve a quebra dos princípios da impessoalidade e da moralidade

pública, bem como a ocorrência de influência lesiva no resultado do pleito, decretando a inelegibilidade por violação ao art. 22 da LC nº 64/90.⁵⁸

Como se constata do supracitado, o reconhecimento de princípios, não listados pelo Min. Fux, como o princípio da impessoalidade para configuração do abuso de poder, especialmente o político. Conclui-se que a probidade, moralidade, e todos os demais princípios administrativos, quando desrespeitados a ponto de se verificar o benefício a um dos candidatos deve ser utilizado como sopeso para o reconhecimento do abuso de poder. (PINTO, 2006). Em especial, essa conduta tem sido reconhecida, quando da criação do instituto da reeleição, na qual o gestor tende a fazer uso dos bens públicos para a sua reeleição. Ocorre que, às vezes, em muitos casos, a conduta se encontra dentro do plano da legalidade, mas não a licitude, de modo que os princípios administrativos dão o norte para o magistrado reconhecer o abuso de poder pelo gestor.

h) Anualidade ou Anterioridade Eleitoral e o da Segurança Jurídica

Em 1993, quando, então, a Emenda Constitucional (EC) nº 4 deu nova redação ao artigo 16 da Constituição Federal, passando a determinar que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, todavia não se aplicando à eleição que se realize até um ano a partir de sua vigência. Esse artigo fundamenta o princípio da anualidade ou anterioridade, para o qual as normas não podem mudar as regras do jogo.

Não obstante se reconheça que esse princípio diz respeito apenas às normas que possam ser modificadas durante o processo eleitoral, há doutrinadores que defendem que este se contrapõe à mudança das regras feitas pela jurisprudência dos tribunais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 797).

Esse entendimento já foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁹ ao analisar decisões do Tribunal Superior Eleitoral e trataram de dar contornos especiais as suas decisões ao se vislumbrar a aplicação em conjunto do princípio da anualidade e da segurança jurídica. O próprio Tribunal Superior Eleitoral tem entendido dessa maneira,

⁵⁸ (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 6416, Acórdão, Relator(a) Min. José Gerardo Grossi, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 17/04/2007, Página 101)

⁵⁹ Verificar no item 1.1 do presente trabalho.

em razão de decisão do STF como analisado em capítulo anterior ao se falar da importância do TSE:

Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a **Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE**. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 26211, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 56, Data 22/03/2017, Página 97) [...] Na linha do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, "em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de Jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior" (RE 637.485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 20.5.2013). [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 40487, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/10/2016)

Como se pode observar, o princípio da anualidade tem sido empregado em conjunto com o princípio da segurança jurídica. Tal concentração de se limitar tanto normas como jurisprudência dentro do prazo de um ano anterior à eleição corresponde claramente com o que Bobbio (1986) entende sobre a necessidade de respeito às “regras do jogo”. Para esse autor, toda norma como o sistema jurídico, ou processo eleitoral, deve obedecer às regras do jogo. O que implica dizer que não deve ocorrer mudanças abruptas e todos os atores do processo eleitoral deveriam obedecer corretamente ao disposto na lei que regula este pleito.

Assim, melhor seria não utilizar o princípio da anualidade, mas considerar esse princípio para o direito eleitoral e a aplicação da norma como parte do princípio da regra do jogo, para o qual também faz parte o princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica para o Direito Eleitoral, em especial ao ser utilizado como fundamento para não se mudar a regra do entendimento posto, é de tamanha importância para o TSE que muitos julgamentos importantes são decididos

unicamente pela aplicação da segurança jurídica. Observe-se, por exemplo, no julgamento do RESPe de cassação do prefeito de Berlfor Roxo (RJ), cujo desempate foi feito tão somente em razão da segurança jurídica:

Votação por maioria, no sentido de: (i) não incidir a inelegibilidade se o interessado não foi cassado, mesmo quando ocorra a cassação do candidato beneficiado (Ministra Luciana Lóssio e, implicitamente, Min. Gilmar Mendes); ii) a inelegibilidade incide e deve ser reconhecida no presente caso (Min. Herman Benjamin e Min. Napoleão Nunes Maia; iii) a inelegibilidade incide, mas não deve ser reconhecida no presente caso, por força da segurança jurídica (relator, Min. Luiz Fux e Min. Rosa Weber).⁶⁰

No caso em apreço, a inelegibilidade deixou de ser aplicada ao candidato, de modo que teve sua candidatura deferida, em razão da segurança jurídica, ou melhor, da anualidade, ou do precedente, uma vez que a partir do pleito seguinte o entendimento do caso poderia, ou como dito no acórdão, deveria ser mudado.

i) Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, apesar do Min. Luís Fux colocá-los em um contexto separado, a jurisprudência do TSE os tem utilizado sem distinção, principalmente quando da aplicação e mensuração das sanções decorrentes do reconhecimento. A propósito, comporta citar que o Ministro Luiz Fux entende, quando do reconhecimento do abuso de poder pelo 30-A, assim disposto:

[...] Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade em processos de prestação de contas reclamam uma dupla análise: (i) exiguidade, em termos nominais e absolutos, dos valores que ensejaram a irregularidade (e.g., mil reais) e (ii) exiguidade, em termos percentuais, dos valores cotejados com o montante arrecadado e despendido nas campanhas.

[...] a desaprovação das contas do Recorrente em virtude de doações que perfizeram valor ínfimo revela-se medida assaz gravosa e desproporcional, notadamente em razão das penalidades impostas, além de servir como capital político de eventuais adversários políticos, quando do ajuizamento de ações de investigação judicial eleitoral por abuso do poder econômico e

⁶⁰ (Recurso Especial Eleitoral nº 40487, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/10/2016). O caso tratado nesse RESPE seria sobre a melhor interpretação da regra do art. 1º, I, j, da LC 64/90, pois o candidato já teria sido julgado em processo que reconheceu a prática de conduta vedada, por ele não ter sido candidato, sofreu somente multa. A jurisprudência do TSE era de que a incidência da inelegibilidade era somente a quem teve a cassação do diploma ou do registro do candidato. No caso, o então candidato foi quem praticou o ato e tinha beneficiado o candidato cassado. Assim, apesar do reconhecimento da inelegibilidade pelo Min. Fux e a Mina. Rosa, foi deferido o registro do candidato.

político (art. 22, XIV, da LC nº 64/90) e representações por captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas (art. 30-A, da Lei das Eleições).⁶¹

Nesse mesmo entendimento, o TSE, em processo de relatoria da Ministra Luciana Lóssio, compreendeu que em razão do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, como foi aplicada a pena, tão somente, de multa em virtude da conduta vedada realizada, abuso de poder não daria ensejo para aplicação da inelegibilidade do inciso I do ad. 1º da LC nº 64.⁶² Constata-se claramente que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são utilizados como vetores de aplicação da norma e devem ser, portanto, considerados como parâmetro para o reconhecimento do abuso de poder.

j) Princípio do Minimalismo Judicial

O princípio do minimalismo judicial está mais para uma análise da postura do judiciário eleitoral no caso concreto frente ao volume de trabalho, do que uma construção jurisprudencial baseada em uma teoria pré-determinada.

Em seu livro, o Ministro Luiz Fux expõe que o princípio do minimalismo judicial formulado por Cass Sunstein seria, momento atual, como um princípio reitor do Direito Eleitoral. Discorre sobre as decisões do TSE como sendo *estreitas* e *superficiais*, pois decidiriam casuisticamente as questões postas e sem generalizações, também, sem um aprofundamento teórico nas fundamentações, o que evitaria “generalizações prematuras”. (FRAZÃO; FUX, 2016, p. 133-135).

Por mais que se deseje considerar que as decisões do TSE tenham, em grande parte, um componente de superficialidade, não há como evitar a generalização, ademais, em especial aos efeitos das decisões do TSE. Por esse princípio, como regra, deveriam as decisões não serem tão elaboradas sob pena de haver uma generalização, o que facilitaria o julgamento caso a caso, inclusive, em maior quantidade. Realmente, se observada a lista de julgamentos do TSE, esta é muita extensa. Como ilustração, transcreve-se, a seguir, a tabela de processos recebidos e

⁶¹ (Recurso Especial Eleitoral nº 85911, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 16/02/2016, Página 53).

⁶² (Recurso Especial Eleitoral nº 6110, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 29/11/2016).

julgados pelo TSE no ano de 2012 e no ano de 2014, ambos anos de eleições, como parâmetros para se ter uma noção da quantidade de processos julgados pelo TSE:

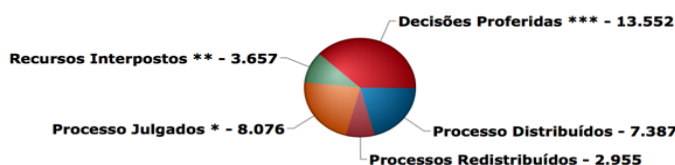
Figura 01 – Processos recebidos e julgados no TSE em 2014

Quadro Geral 2014

Tipo ↑	Total	Jan 14	Fev 14	Mar 14	Abr 14	Mai 14	Jun 14	Jul 14	Ago 14	Set 14	Out 14	Nov 14	Dez 14
Decisões Proferidas ***	13552	42	1067	935	878	975	889	314	2252	2518	2003	924	755
Processo Distribuídos	7387	258	342	340	295	399	428	573	1727	1512	929	346	238
Processo Julgados *	8076	35	687	533	500	539	470	186	1702	1656	975	376	417
Processos Redistribuídos	2955	1	846	84	49	65	24	20	514	1257	28	36	31
Recursos Interpostos **	3657	25	388	269	260	267	217	93	511	688	489	271	179

Salvar arquivo

Total anual - 2014



Observações

* Processos que tiveram a primeira decisão (monocrática ou colegiada)

** Quantidade de recursos interpostos no período

*** Quantidade de decisões, inclusive os recursos julgados

Atenção: Dados sujeitos a alterações

Última atualização

20-MAI-2017 06:01

Fonte: internet, 2017. ⁶³

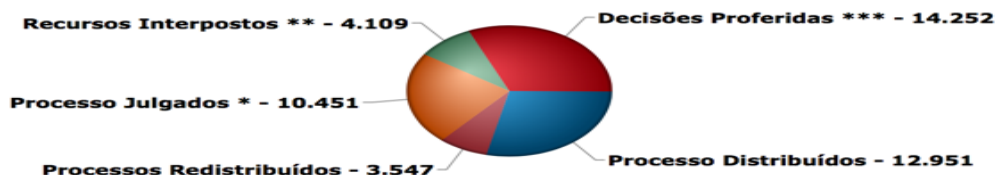
Figura 02 – Processos recebidos e julgados no TSE em 2012

Quadro Geral 2012

Tipo ↑	Total	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
Decisões Proferidas ***	14252	23	413	607	417	446	638	106	1389	2676	3754	2294	1489
Processo Distribuídos	12951	101	220	280	314	484	410	525	1403	5051	2736	1021	406
Processo Julgados *	10451	17	316	341	271	264	467	93	1179	2298	2762	1601	842
Processos Redistribuídos	3547	8	9	11	40	395	34	11	6	1310	75	1615	33
Recursos Interpostos **	4109	15	147	171	160	166	135	50	286	776	1071	659	473

Salvar arquivo

Total anual - 2012



Observações

* Processos que tiveram a primeira decisão (monocrática ou colegiada)

** Quantidade de recursos interpostos no período

*** Quantidade de decisões, inclusive os recursos julgados

Atenção: Dados sujeitos a alterações

Última atualização

20-MAI-2017 06:01

⁶³ Figura retirada do site do TSE: <http://www.tse.jus.br/transparencia/estatistica-processual/estatistica-processual>, Acesso em: em 02 fev. 2017.

Fonte: internet, 2017.⁶⁴

Analisando estes dados, uma questão se impõe: não se deve olvidar que o TSE, oportunamente, comporta-se como um Tribunal Político, ainda que não haja abertamente a invocação de que os Ministros se comportem de forma diferenciada em razão de quem está sendo julgado, nesse sentido, há uma mudança de postura nos fundamentos dos votos, tendo em vista a repercussão social dos casos.

Ainda no âmbito discursivo/compreensivo do princípio do minimalismo judicial, têm-se como exemplos os julgamentos de Governadores de Estado que, até o presente momento, foram cassados: Mão Santa⁶⁵, Flamarion Portela⁶⁶, Marcelo Miranda⁶⁷, Jackson Lago⁶⁸, Cassio Cunha Lima⁶⁹, José Roberto Arruda⁷⁰. Se comparados os casos de cassação de governadores com os casos de cassação de prefeitos e vereadores, a realidade mostraria uma discrepância numérica, justificando, desse modo, o porquê da aplicação do princípio do minimalismo judicial nesses casos, associado a uma maior discussão que, na maioria dos casos, criará “leading cases” nos julgamentos de governadores.

Assim, não há como dissociar as razões políticas de algumas decisões do TSE decorrentes do próprio efeito que a cassação de governadores, ou mesmo de presidente, pode causar. Não dá para se comparar a estrutura da eleição de um governador com a maioria de eleições de prefeituras, realidade que leva a uma análise mais acurada para os casos de maior repercussão.

Todavia, deve-se concordar que em razão do grande volume de casos, o TSE está palmilhando o caminho do minimalismo judicial. Para expor ao TSE o tema, o

⁶⁴ Figura retirada do site do TSE: <http://www.tse.jus.br/transparencia/estatistica-processual/estatistica-processual>, visitado em 02/02/2017.

⁶⁵ (Recurso Ordinário nº 510, Acórdão, Relator(a) Min. Nelson Azevedo Jobim, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 16/11/2001, Página 102).

⁶⁶ (Recurso Especial Eleitoral nº 21320, Acórdão de , Relator(a) Min. Humberto Gomes de Barros, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 30/08/2004, Página 114).

⁶⁷ (RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 698, Acórdão, Relator(a) Min. Felix Fischer, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 20, Tomo 4, Data 25/06/2009, Página 21).

⁶⁸ (RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 671, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 59, Data 03/03/2009, Página 3).

⁶⁹ (RECURSO ORDINÁRIO nº 1497, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 02/12/2008, Página 21/22).

⁷⁰ (Recurso Ordinário nº 15429, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 3, Data 26/08/2014, Página 556).

Min. Fux, em um processo do qual foi relator, dispõe que “A postura minimalista, que deve nortear a Corte Superior Eleitoral, evidencia a prescindibilidade de perquirir, in casu, se ocorre (ou não) a substituição automática nas hipóteses de ausência do chefe do Poder Executivo”. (Ementa, RO nº 26465).

Interessante observar, mesmo pela ementa⁷¹, a forma que o Min. Fux discorre sobre o princípio do minimalismo judicial e como o empregou para determinar o ônus da prova e deferir o registro do candidato, sem carecer a decisão de arroubos acadêmicos e jurisprudências para fundamentações desnecessárias.

De qualquer modo, esse princípio serve especialmente para se conhecer o modo que deveria operar o TSE, mas não para nortear as decisões de abuso de poder. Fez-se necessário a introdução desse princípio na área eleitoral, para conhecimento do atual paradigma que se incubem alguns Ministros de trazerem do campo

71 [...]

1. A ratio essendi dos institutos da incompatibilidade e da desincompatibilização reside na tentativa de coibir - ou, ao menos, amainar - que os pretensos candidatos se valham da máquina administrativa em benefício próprio, circunstância que, simultaneamente, macularia os princípios da Administração Pública e vulneraria a igualdade de chances entre os players da competição eleitoral, bem como a higidez das eleições.

2. A postura minimalista, que deve nortear a Corte Superior Eleitoral, evidencia a prescindibilidade de perquirir, in casu, se ocorre (ou não) a substituição automática nas hipóteses de ausência do chefe do Poder Executivo.

3. Deveras, importando para a seara eleitoral as ponderações do Professor de Harvard Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court), impõe-se que as decisões proferidas pela Corte Eleitoral sejam estreitas (narrow, i.e., decidindo casuisticamente as questões e sem generalizações) e superficiais (shallow, i.e., sem acordos profundos nas fundamentações), postura judicial que se revelam aptas a salvaguardar a flexibilidade decisória do Tribunal, porquanto permitem diferenciar os pressupostos fáticos presentes nos casos presente e futuros, e atenuam os riscos de erro na tomada de decisões.

4. A postura minimalista consubstancia a técnica decisória que melhor se coaduna com as singularidades existentes nos casos concretos em matéria eleitoral, evitando, bem por isso, generalizações prematuras (POSNER, Richard. Law, Pragmatism, Law and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 80).

5. O ônus de demonstrar a substituição do titular do Executivo local pelo seu imediato substituto (Vice-Prefeito) incumbe à parte impugnante. Precedente: AgR-REspe nº 338-26/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 18.6.2009.

6. No caso sub examine,

a) O ponto nevrálgico da questão consiste em identificar se existem nos autos provas cabais e incontestas de que a Vice-Prefeita, por força da assunção dita automática da chefia do Poder Executivo, praticou atos de governo ou de gestão no período de afastamento do titular, o que ultrajaria os valores que o instituto da desincompatibilização visa a tutelar [...]

c) Não consta nos autos qualquer prática de atos de gestão ou de governo (e.g., sanção ou veto de leis, edição de Portarias, nomeação ou exoneração de servidores etc.) por parte da Recorrida que logrem comprovar que tenha desempenhado a Prefeitura de Natal. [...]

7. O aresto proferido pelo Tribunal a quo consignou expressamente a inexistência de elementos probatórios nos autos que evidenciem que a Recorrida tenha efetivamente assumido a chefia do Poder Executivo municipal:[...]

Verifica-se, na espécie, que a coligação impugnante não se desincumbiu do ônus de comprovar que houve a prática de qualquer ato pela vice-prefeita em substituição do titular; ao contrário, a impugnada instruiu os autos com documento cujo teor indica que não praticou qualquer ato como prefeita desde 05/04/2014.[...]

Preenchidos os requisitos previstos na Resolução/TSE n.º 23.405, defere-se o pedido de registro de candidatura. Vistos etc."

8. Recurso Ordinário ao qual se nega provimento.

(Recurso Ordinário nº 26465, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2014).

acadêmico para a prática forense do TSE, na verdade, práticas que deveriam já existir, em razão da sua imprescindibilidade.

Não obstante saber-se que não há, taxativamente, a aplicação desse princípio pelos Ministros do TSE, para destacá-lo neste trabalho, como visto no início e, também, como forma de dar um corte nos casos de jurisprudências sobre abuso de poder que estão a merecer uma melhor análise. Somente os casos sobre o abuso de poder religioso e o de poder cultural são analisados por inteiro, vistos trazerem matéria que foge à normalidade dos julgados, o que permite um exame mais detalhado da incidência do abuso de poder.

I) Princípio das Capacidades Institucionais

O presente princípio é de suma importância para o aplicador da norma, pois serve de fundamento de contracautela para decisões que por imprudência do magistrado, poderiam levar a julgamentos injustos. Portanto, não se pode tomar o princípio das capacidades institucionais como um contraponto aos princípios da inafastabilidade de jurisdição, para o qual o juiz não se pode negar de julgar algo por entender que não existe norma ou porque desconhece o assunto.

Trata-se, na verdade, do reconhecimento da falibilidade do ser humano, ratificando-se o pressuposto de que o juiz, por mais que seja bem preparado, não conhece todas as matérias, especialmente matérias bastante específicas. Deve-se, assim, quando a depender do caso existir instituições específicas sobre o tema, levar em consideração os pareceres emitidos, por mais que não seja vinculativo, mas tão somente como competentes para julgá-las.

Vê-se, por conseguinte, que esse princípio é muito importante para discutir a análise do abuso de poder, em especial ao se analisar a improbidade administrativa e outras decisões já tomadas sobre o mesmo caso em órgãos técnicos especializados, como o Tribunal de Contas da União, o Tribunal de Contas dos Estados e Municípios, entre outros.

Em suma, esses são os princípios mais utilizados na configuração do abuso de poder. Todavia, como visto anteriormente, deve ficar claro que eles podem e devem

ser utilizados para o reconhecimento do abuso de poder. De outro modo, deve-se usá-lo com moderação, pois o abuso pode ser aceito dentro do Estado de Direito.

2.3 Os elementos “quantitativos” e “qualitativos”

Como dito no início deste trabalho, análise de julgamentos que tratam o abuso de poder não é como forma de tentar defini-lo, ou conceituá-lo, mas de elaborar, ou construir parâmetros, e assim, ao fazê-lo, constou que os parâmetros postos, as normas e os princípios empregados ao caso concreto. Assim, não são elementos fixos, ausentes de carga de subjetividade quando da sua aplicação.

Ao analisar-se as jurisprudências observou-se que, realmente, o pressuposto inicial estava correto, pois existem estruturas normativas e principiológicas que, juntas, podem ser consideradas como parâmetros de uma “bússola” para que o magistrado possa fazer uso na solução das lides e no controle do abuso de poder.

Nesse contexto, na apuração dos fatos não se exige do magistrado que simplesmente constate a existência do abuso de poder, mas que, ao examinar um caso concreto, possa discernir se o fato⁷² tido como abusivo é considerado ilícito a ponto de gerar a aplicação de uma sanção.

Em outras palavras, apesar de se reconhecer o abuso de poder político ou econômico, ou dos meios de comunicação apurado⁷³, a existência de qualquer um deles, ou de todos no caso concreto, a questão passa a ser se o responsável e/ou favorecido pelo abuso deve ser punido? Existe uma margem para considerar o abuso como permitido. Não basta somente constatar o abuso, deve-se saber se ele necessita ser rechaçado pela Justiça Eleitoral.

Observa-se que os parâmetros são compostos de dois principais elementos, os normativos e os principiológicos. Quanto ao primeiro, para se constatar o abuso de poder só é preciso apurar se o fato tido como abusivo teve o condão de influenciar a “NORMALIDADE E LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES” §9º do art. 14 da CF, ou a “LIBERDADE DO VOTO”, caput do art. 237 do CE e art. 19 da LC 64/90; ou foi

72 Não se utiliza a terminologia “conduta”, ou mesmo “ato praticado”, mas “fato”, porque a norma eleitoral entende que abuso deve ser examinado em relação a gravidade do fato, inciso XVI do art. 22 da Lei 64/90.

73 O art. 22 da Lei 64/90 utiliza o termo “apuração” do abuso de poder.

realizado “EM BENEFÍCIO DE CANDIDATO OU DE PARTIDO POLÍTICO”, § 2º do art. 237 do CE, art. 22 da LC 64/90.

Assim, apurando o caso concreto e constatando que, de alguma forma, ele influenciou um dos três objetos protegidos ou tutelados pelo direito eleitoral, e acima elencados, segue-se para a segunda parte, qual seja, reconhecer a gravidade do fato, ou das circunstâncias que é mais abrangente e é como está disposto na norma, inciso XVI do art. 22 da Lei 64/90, para considerá-lo abusivo.

Para chegar a essa constatação, o magistrado faz uso de elementos, ou parâmetros, especialmente dos princípios vistos no item anterior desse trabalho, os princípios anteriormente examinados: democrático, republicano, soberania popular, proporcionalidade e razoabilidade, higidez do prélio eleitoral, igualdade de chances, dentre outros.

Pois bem, no presente trabalho, o momento da aplicação do direito, o reconhecimento da norma ao caso concreto, em conjunto como os princípios, denomina-se aplicação dos elementos “qualitativo” e “quantitativo”. Não se quer aqui trazer qualquer conteúdo inovador, mas especialmente, fazer uso de denominações extraídas das jurisprudências do TSE e ajustá-las ao modelo presente.

Apesar desse termo, cabe esclarecer que o Ministro Luís Fux, por exemplo, no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.170 de procedência do Rio de Janeiro, de sua relatoria, ao reformar decisão do TRE/RJ que afastava o 41-A da Lei 9.504/97 (captação ilícita de sufrágio), mas cassava o registro do candidato por reconhecer o abuso de poder, entendeu que não se pode utilizar na análise do caso elementos puramente quantitativos, qualitativos. Para o Relator, não houve o abuso de poder, a ponto de aplicar a inelegibilidade, por entender que todo abuso deve ser analisado sob alguns aspectos que vão além dos elementos quantitativos e qualitativos.

Destaca o Eminentíssimo Relator na própria ementa do acórdão supra que o “abuso de poder (i.e., econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes”. E que deve ser visto também por “**critério quantitativo** (i.e., potencialidade para influenciar

diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, não se perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico.

Além de se pronunciar sobre os mencionados elementos, afirma ser relevante o fato das condutas praticadas revelarem a capacidade de influir no resultado, embora não seja este fato o essencial para aplicar a sanção de cassação e ou inelegibilidade do candidato. Faz críticas que não se deve utilizar somente indícios, mas deve haver provas concretas. Destaca o referido Relator, nesse voto, que há um “elemento substantivo de análise que não pode ser negligenciado: o grau de comprometimento aos bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral causado por essas ilicitudes, circunstância revelada, *in concreto*, pela magnitude e pela gravidade dos atos praticados.”

Desse modo, demonstra tal voto a complexidade e subjetividade envolvida no reconhecimento do abuso de poder por envolver vários aspectos sobre a aplicação da norma. Ainda sobre a decisão desse referido acórdão, o Min. Fux tece em seu entendimento, defendido no Tribunal Superior Eleitoral, que simples ilações e conjecturas despidas de sólido embasamento probatório não podem configurar a sanção de cassação do diploma e a inelegibilidade decorrente do abuso de poder. Em suma, afirma que não se deve simplesmente trabalhar sob o crivo dos indícios, mas sim sopesado em provas substanciais, como referenda a seguir:

[...] impõe-se que o magistrado logre comprovar, de forma analítica e extremamente minuciosa, como as irregularidades impactaram na igualdade de oportunidades e na higidez da competição eleitoral, e, ainda, se há (ou não) gravidade na conduta praticada pelos representados. E in casu isso não ocorreu. Ressalto que idêntico posicionamento foi por mim adotado ao prover o recurso de João Carlos Julião nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 12-55/RJ.⁷⁴

Em suma, para Fux, não adianta sopesar o voto afirmando que deva utilizar elementos quantitativos e qualitativos se não houver prova robusta da materialidade da conduta. Assim, quando os elementos quantitativos são fundamentados tão somente em indícios, esse não se sobressai ao se confrontar com outros parâmetros utilizados para se conhecer o abuso de poder, a exemplo, do princípio da soberania popular. Não há como cassar um mandato concedido pelo voto de toda a comunidade

74 Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1170, Acórdão de 22/11/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 31, Data 13/02/2017, Página 21/22).

baseada unicamente em indícios de que alguém realizou um abuso de poder contra a liberdade do voto.

Utilizando-se de outras circunstâncias postas, o Ministro Herman Benjamin faz uso de critérios qualitativos e quantitativos e que se pega emprestado para conceituar esses elementos neste trabalho. Esse entendimento é facilmente extraído da leitura da ementa que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. SEGUNDOS COLOCADOS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. DESPROVIMENTO.

1. Abuso de poder político configura-se quando agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a legitimidade do pleito e a paridade de armas entre candidatos.

2. A relevância jurídica da conduta, a ensejar cassação de diploma e inelegibilidade (art. 22, XIV, da LC 64/90), deve ser aferida mediante critérios qualitativo e quantitativo.

3. O primeiro relaciona-se à natureza do ilícito, o qual pode vir a ser tão nefasto que acarrete, automaticamente, as sanções cabíveis, a exemplo do que ocorre na hipótese de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, da Lei 9.504/97).

4. Por sua vez, o critério quantitativo orienta-se pela repercussão do ilícito diante da dimensão numérica do colégio eleitoral, circunstância a ser observada a partir de elementos como reiteração da conduta, sua proximidade com o pleito e meios em que propagada. Fatos que, em determinado colégio, apresentam pouca relevância no contexto da disputa podem, em colégio reduzido, ocasionar devastador desequilíbrio da eleição.

5. Na espécie, foram contratadas quarenta e oito pessoas com domicílio eleitoral em Pedro Avelino/RN, no decorrer de 2012, por sociedade de economia mista estadual sediada em Natal/RN e presidida por cônjuge de segunda colocada para o cargo de prefeito daquele Município. Embora esse ato administrativo seja ilícito sob viés eleitoral, não há prova - documental ou testemunhal - de que houve pedido de votos ou qualquer outra vinculação ao pleito vindouro.

6. Ademais, no caso específico, a conduta não teve aptidão para influenciar a disputa, notadamente porque o quantitativo de contratações corresponde a apenas 0,74% do eleitorado do Município.

7. Manutenção do acórdão recorrido, na linha do parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral.

8. Agravo regimental não provido.

Cabe aqui ressaltar que o modelo em referência, ora apresentado neste trabalho, entende-se que deve prevalecer na aferição do abuso de poder. Assim, o elemento que deve ser observado, para fins de constatação de certo grau de gravidade dos fatos, envolve critérios quantitativos, ou seja, a robustez das provas, diz respeito a aquilo que pode ser mensurado, enquanto o aspecto qualitativo corresponde ao grau de reprovação da conduta praticada e a sua potencialidade de influenciar um dos bens jurídicos defendidos. Cabe lembrar que, como regra, devem

ser os dois elementos reconhecidos concomitantemente sob pena de não ser considerada a conduta típica de abuso de poder.

De qualquer modo, merece esclarecer que a partir da Lei Complementar 135/2010 é que se modificou o termo de potencialidade para gravidade. Anteriormente existia até certa matemática⁷⁵ ao se tentar demonstrar que a quantidade de que os fatos tidos como abusivos poderiam ter influenciado uma certa parcela do eleitorado, por isso teria a potencialidade de modificar o pleito, como se poderá ver em alguns casos de cassação de governadores que serão analisados mais à frente.

Contudo, no ordenamento jurídico atual “nos termos da nova redação do art. 22, inciso XVI, da Lei Complementar nº 64/1990, não se analisa mais a potencialidade de a conduta influenciar no pleito (prova indiciária da interferência no resultado), mas “a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”.⁷⁶

Assim, é nesse aspecto de tentativa de qualificação da gravidade do fato, que se pode apurar o abuso, considerá-lo ilícito. A gravidade do fato deve ser analisada em conjunto com a possibilidade de se desequilibrar a igualdade entre os candidatos e afetar a normalidade das eleições:

De efeito, a jurisprudência desta Corte Superior perfilha o entendimento de que a gravidade da conduta, consubstanciada na aptidão de desequilibrar a igualdade entre os candidatos e afetar a normalidade das eleições, precisa estar demonstrada para a caracterização do abuso de poder, nestes termos: 'o bem jurídico a ser protegido com a proibição do abuso é de titularidade coletiva, sendo suficientes, para demonstrar o liame entre a prática da conduta e o resultado do pleito, a sua gravidade e aptidão para macular a igualdade na disputa'⁷⁷

Em conclusão, afirma-se que é nesse contexto de critérios abertos postos à disposição do aplicador que as decisões do TSE são confeccionadas. Todavia, como observado neste capítulo, pode sim, ao menos, considerar que existem, *prima facie*, critérios postos que ajudam no conhecimento do abuso de poder, ainda que

⁷⁵ (RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 671, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 59, Data 03/03/2009, Página 3.

⁷⁶ (AgR-Respe nº 8723315-66/RO, Rel. Mm. Luciana Lóssio, DJe de 25/6/2014)". (Agravado Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 1170, Acórdão de 22/11/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 31, Data 13/02/2017, Página 21/22).

⁷⁷ (AgR-Respe nº 8723315-66/RO, Rel. Mm. Luciana Lóssio, DJe de 25/6/2014)". (Agravado Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 1170, Acórdão de 22/11/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 31, Data 13/02/2017, Página 21/22).

impregnados de partes brancas que devem ser preenchidas com a subjetividade do magistrado.

CAPÍTULO 03

OS ABUSOS DE PODER NA JUSTIÇA ELEITORAL: O USO DA BÚSSOLA

Elaborou-se o presente capítulo fazendo uso da metáfora da “bússola”, “construir uma bússola”, ou seja, pode-se dizer que, na verdade, não se tentou conceituar ou falar especificamente dos tipos de poder encontrados nas jurisprudências do TSE, escolheu-se, primeiramente, construir parâmetros legais e principiológicos baseados nos entendimentos do próprio TSE para, a partir daí, poder falar diretamente sobre os tipos de abuso de poder. Desse modo, comporta afirmar que a análise do presente trabalho não busca conceitos, mas simplesmente enumerar os parâmetros genéricos para facilitar a análise do abuso de poder na esfera eleitoral.

Nesse esteio, saber, realmente, se em relação ao fato analisado houve alguma influência sobre a “normalidade e legitimidade das eleições”, §9º do art. 14 da CF, ou sobre “liberdade do voto”, caput do art. 237 do CE e art. 19 da LC 64/90; ou se foi realizado “em benefício de candidato ou de partido político”, § 2º do art. 237 do CE, art. 22 da LC 64/90.

Isto posto, assegura-se, para o presente trabalho, em razão da legislação eleitoral, que existe somente três tipos de abuso de poder: o abuso de poder econômico, político e do uso indevido dos meios de comunicação, a maioria dos doutrinadores⁷⁸ e a jurisprudência, a rigor, compreendem. Entende-se que ao magistrado não é concedido criar novos tipos de abuso de poder, uma vez que existem sanções restritivas de direito, o Estado Democrático de Direito, dentre outras objeções expostas no capítulo 1.

De toda forma, deve-se deixar claro que um dos principais objetivos dessa dissertação é analisar a possibilidade da criação de novos tipos de abuso de poder na seara eleitoral. Assim, ao estabelecer os parâmetros e demonstrar que existem infinitas possibilidades de se analisar o caso concreto sem desnaturar a norma, entende-se arriscado afirmar quais fatos, ou circunstâncias, podem configurar abuso de poder para Justiça Eleitoral. Portanto, o que será exposto nesse capítulo será uma

⁷⁸ (COELHO, 2010), (AGRA, 2016), (TAVARES, 2016), (SAMPIO JUNIOR, 2016)

breve exposição dos três tipos abusos de poder dispostos na norma, antes, uma distinção do que se entende como parte do abuso de poder, a captação ilícita de sufrágio e a conduta vedada. Por último, diferenciar o que realmente não se configura abuso de poder, matéria de discussão/compreensão nas diversas subseções que integram este capítulo.

3.1 A captação ilícita de sufrágio e as condutas vedadas X abuso de poder

Retomando-se o que foi visto no item sobre elementos qualitativos e quantitativos, para considerar-se o abuso de poder, deve ser constatada a ilicitude e a gravidade das circunstâncias de forma conjunta. Assim, se somente um dos elementos for constatado, o fato apurado não é abuso de poder propriamente dito, todavia, pode essa conduta configurar outro ilícito punível no Direito Eleitoral, espécie do gênero abuso de poder.

Põe-se como exemplo um candidato que tenta comprar o voto de um eleitor, observando-se o caso pelo elemento qualitativo, pode-se constatar a reprovabilidade da conduta, mas seria ela capaz de alterar a normalidade do pleito? A liberdade do voto pode ser questionada, mas não há evidência da gravidade a ponto de se demonstrar a quebra da igualdade de chance e da normalidade das eleições.

Nessa senda, têm-se dois tipos inseridos no abuso de poder e que, isolados, também podem configurar ilícitos eleitorais serão tratados nesse item: a captação ilícita de sufrágio e a conduta vedada. Por mais que a norma que os criou protejam os mesmos bens, esta mesma norma cria condições a mais para se aplicar as sanções do abuso de poder, então, elas não podem ser assim consideradas como tal.

A captação ilícita de eleitores, como discutida, não deve ser vista como um tipo de abuso de poder, pode até estar dentro do contexto, o que pode ser o primeiro passo, entretanto, lhe falta a configuração da gravidade das circunstâncias e a sanção de inelegibilidade.

Diz-se, portanto, que ocorre a captação ilícita de sufrágio quando demonstrada por provas robustas a prática de, ao menos, uma das condutas previstas no artigo que lhe dá guarida, cominada com a finalidade de obter o voto do eleitor e a participação

ou anuência do candidato beneficiado, como assim se encontra no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 com a seguinte redação:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta (sic) mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Para melhor compreensão do tema, deve-se ler a ADI 3592⁷⁹ que discute a constitucionalidade da norma que a criou, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que discorre detalhadamente sobre a captação ilícita de sufrágio, para o qual: O art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade, pois a ação tem como sanção tão somente a cassação do diploma.

Destaca-se, portanto, que apesar de a captação ilícita de sufrágio não ter como sanção a inelegibilidade, ela é apurada por meio de representação do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, implicando diretamente, apenas, a cassação do registro ou do diploma. A vontade do eleitor é o bem jurídico protegido pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Coêlho (2012, p. 47) deixa claro que a principal diferença entre o abuso e a captação ilícita é que aquela se destina a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, enquanto esta (a captação) protege a liberdade do voto ou a livre escolha do eleitor. Como visto anteriormente, a liberdade do voto, também, é um dos bens jurídicos a ser protegido do abuso de poder econômico e político, conforme determina o caput do art. 237 do Código Eleitoral.

A principal diferença, então, repita-se, entre a captação ilícita de sufrágio é, pois, a constatação da gravidade dos fatos, o que anteriormente era considerada como a potencialidade para influenciar no resultado das eleições. Tanto é que uma conduta que analisa a capacitação ilícita pode vir a ser também considerada como

79 (ADI 3592, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2006, DJ 02-02-2007 PP-00071 EMENT VOL-02262-02 PP-00389 RTJ VOL-00209-01 PP-00097)

abuso de poder econômico, quando verificado, no caso concreto, a gravidade dos fatos.

Esse é o entendimento do TSE no julgamento do Agravo Regimental no RESPe 10270⁸⁰, o qual manteve o entendimento do acórdão do TRE/SC nº. 30661, de 04.05.2015. Nessa decisão, após ser analisada a compra de votos em dois casos, o TRE/SC entendeu figurado o abuso de poder para aplicar também a inelegibilidade em razão da reprovabilidade da conduta praticada em uma cidade com baixo número de eleitores, portanto, verificada a gravidade dos fatos:

No caso sob análise, tudo converge para a configuração do abuso do poder econômico: a pequena diferença de votos existente, o pequeno porte da cidade de Xavantina e a dissimulação dos recorrentes quanto à compra de votos por eles empreendida, inclusive forjando álibis com versões inverossímeis que não encontraram sustentação nos autos.

Sob esse prisma, **concluo que se deu a lesividade das condutas praticadas pelos recorrentes ao livre exercício do voto e pelo abuso de poder econômico levado a efeito pelos recorrentes, desequilibrando a igualdade de condições dos candidatos no pleito eleitoral e implodindo completamente a lisura que se requer de um processo eleitoral.**

É impressionante observar nos autos o imenso esforço feito pelos recorrentes para se sagrarem vencedores nas urnas de forma espúria e ilícita. **A situação se apresenta como gravíssima, pois era nítido o mercadejar de votos no município de Xavantina nas mais variadas formas.**

(...)

Revela-se, pelas práticas levadas a efeito, pela naturalidade das conversas gravadas, pela falta de constrangimento nas ofertas, pelos encontros em lugar ermo, em resumo, pela negociação direta, que se cuidava de algo previamente planejado, sendo tudo encarado como sendo de absoluta normalidade, visando o resultado das urnas e não os antecedentes éticos das condutas.

É reprovável a postura atávica que olvida a lisura das eleições para prestigiar somente a condição financeira, que trata eleitores como coisas e seus votos meras mercadorias a serem negociadas. Quem assim age na vida particular, permite o vaticínio de que terá o mesmo comportamento durante o exercício do mandato.⁸¹

Como se percebe, a captação ilícita de sufrágio se encontra contida na configuração do abuso de poder, o bem jurídico é tutelado e a liberdade do voto, a

80 Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 10270, Acórdão de 11/10/2016, Relator(a) Min. ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 202, Data 20/10/2016, Página 4104-4121

81 (RECURSO CONTRA DECISÕES DE JUIZES ELEITORAIS n 10270, ACÓRDÃO n 30661 de 06/05/2015, Relator(a) HÉLIO DO VALLE PEREIRA, Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 72, Data 13/05/2015, Página 2-3)

sua constatação leva à cassação do mandato e, a depender da gravidade dos fatos, leva à inelegibilidade pela configuração do abuso de poder.

O segundo tema a ser discutido é a conduta vedada, como vista ao tratar-se das normas, também está contida no abuso de poder, e deve ser vista quase que como um regramento. Suas condutas são carregadas de valor semântico e de fácil compreensão, pois descrevem uma conduta que não deve ser praticada. De forma autônoma, pode ser vista como hipóteses legais que, se caracterizadas no campo fático, podem acarretar multa e, a depender da reiteração ou da constatação da gravidade do fato, quando da análise dos “elementos qualitativos e quantitativos”, pode ser reconhecido o abuso de poder. Nesse diapasão, é o entendimento de Gomes (2008, p. 598):

A consideração de que as hipóteses legais de conduta vedada constituem espécie do gênero 'abuso de poder político', o fato que as concretize também pode ser apreciado como abuso de poder - político ou de autoridade, coibido pelos artigos 19 e 22, XIV, da LC nº 64/ 90. Para que isso ocorra, será mister que a conduta vedada, além de afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos, também seja de tal magnitude que fira a normalidade ou o equilíbrio do pleito. Assim, o mesmo evento atinge dois bens juridicamente protegidos. Como as espécies não esgotam o gênero, há eventos que caracterizam abuso de poder político (nos termos dos arts. 19 e 22, XIV da LC nº 64/ 90), sem se enquadrarem no elenco das condutas vedadas; estas são de legalidade estrita. A tais eventos atípicos não se poderá aplicar a disciplina que a Lei nº 9.504/ 97 reservou às condutas vedadas, nomeadamente no campo das sanções, conquanto sejam aptos a gerar as sanções previstas na Lei de Inelegibilidades”. (GOMES, 2008, p. 598).

Quando se fala em condutas vedadas, como visto no item 2.1, não se está tratando somente do rol posto nos art. 73 a 78 da Lei das Eleições, mas também os demais casos que a norma eleitoral entende como proibidos, por exemplo, a doação de pessoas jurídicas.

3.2 Os abusos de poder dispostos pela legislação eleitoral: econômico, político, ou de autoridade, uso indevido dos meios de comunicação

A jurisprudência do TSE possui inúmeras definições sobre abuso de poder econômico, político ou dos meios de comunicação que podem sintetizar o que seria abuso de poder. Todavia, como visto no capítulo 2, esses julgados não o delimitam por completo, pois em cada caso concreto, poderiam surgir novas compreensões. Ilustrativamente, de qualquer forma, cita-se um exemplo de ótima definição,

sintetizada do que seria abuso de poder econômico: “[...] o abuso de poder econômico ocorre quando determinada candidatura é impulsionada pelos meios econômicos de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a própria legitimidade do pleito

”⁸².

Ao falar-se em abuso de poder econômico, não deve ser entendido simplesmente como gasto exagerado ou desigual de dinheiro por um candidato em campanha, pois essa desigualdade é legalmente aceita, principalmente hoje, pelas mudanças feitas pela Lei nº 13.165/2015 na Lei das Eleições, que não mais prevê a doação de pessoas jurídicas. Como regra, as doações são somente provenientes de pessoas físicas; outros partidos e de outros candidatos e dos recursos do próprio candidato (§ 1º-A do art. 23 permite que o candidato gaste com recurso próprio até o limite permitido). Assim, fica claro que os candidatos mais ricos gastem mais dinheiro que os que não tem recursos próprios e não consigam receber doações.

De qualquer maneira, essa assertiva foi tão somente para demonstrar que o abuso de poder econômico não é simplesmente para assegurar a inexistência de uma desigualdade entre as candidaturas, mas que a norma seja cumprida. Como visto no item 2.1, pode ser ajuizada ação por abuso econômico quando há o desrespeito à prestação de contas, ao limite de gastos e à utilização de caixa dois. Assim, o abuso econômico se encontra muito mais relacionado à transparência dos gastos eleitorais do que propriamente a uma necessidade de combate à desigualdade entre os candidatos. (TAVARES, 2016, p. 22-23).

Outra definição que serve para melhor compreensão do trabalho e que diferencie o abuso de poder político e econômico, também poderia ser extraída das próprias ementas de acórdão do TSE:

1. Abuso de poder político configura-se quando agente público, valendo-se de condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, desequilibra disputa em benefício de sua candidatura ou de terceiros, ao passo que abuso de poder econômico se caracteriza por emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou privados, de forma a comprometer a legitimidade do pleito e a paridade de armas entre candidatos. Precedentes.
2. Constitui abuso de autoridade infringência ao art. 37, § 1º, da CF/88, segundo o qual publicidade de atos, programas, obras e serviços de

82 (REspe nº 4709-68/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10.5.2012).

órgãos públicos não conterá nomes, símbolos ou imagens que impliquem promoção pessoal de autoridades ou servidores (art. 74 da Lei 9.504/97).⁸³

O terceiro tipo de abuso de poder é o abuso do uso indevido dos meios de comunicação, que também pode ser sintetizado pelo seguinte trecho de ementa:

2. No que concerne ao uso indevido dos meios de comunicação, o entendimento jurisprudencial do TSE preconiza que a caracterização do ilícito decorre da exposição massiva de um candidato nos meios de comunicação em detrimento de outros, afetando a legitimidade e a normalidade das eleições. Precedentes. (Recurso Especial Eleitoral nº 34915, Acórdão, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 59, Data 27/03/2014, Página 72).

Poderia inferir-se que todos os parâmetros colocados para se tentar compreender o que seria o abuso de poder econômico, político ou mesmo dos meios de comunicação não seriam necessários, tendo em vista conceitos tão simplistas e que traduzem as três formas existentes no ordenamento eleitoral sobre abuso de poder. Todavia, ao se observar os casos concretos, pode-se constatar que não é tão simples essa cognição do abuso de poder político. Como se verá mais à frente, vários são os julgados nos quais o Acórdão conceitua sinteticamente o que seria o abuso de poder, todavia, ao se defrontar com o caso concreto, as discussões sobre a punibilidade fogem ao que poderia aparentar ser uma unanimidade entre os membros da Corte.

Ao se analisar estes aspectos, a exemplo do abuso de poder religioso e cultural, que será visto mais à frente neste capítulo, alguns Ministros entendem ser possível o elastecimento do sentido normativo de abuso de poder de autoridade, o que o diferenciaria do abuso de poder político. No presente trabalho, entende-se que o abuso de poder político e de autoridade são aspectos correlatos, ou seja, corresponde às mesmas coisas.

Em regra, o abuso de poder político e econômico representam condições distintas e autônomas, por isso não se confundiriam, mas ao se debruçar sobre os

83 (Recurso Ordinário nº 378375, Acórdão, Relator(a) Min. Antônio Herman De Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, Data 06/06/2016, Página 9-10).

mais variados casos, o Tribunal Superior Eleitoral tem considerado que, em certos momentos, estes dois aspectos se tornam indissociáveis.

A infração da alínea “p”⁸⁴ do inciso II do art. 1 da Lei das Eleições que cria a inelegibilidade decorrente das doações de pessoas físicas e dirigentes de pessoas jurídicas tidas como ilegais na interpretação dada pelo TSE: “[...] as doações ilegais geradoras de inelegibilidade são as capazes de afetar a normalidade e legitimidade das eleições, configurando abuso do poder econômico ou político”. (Acórdão do TSE, de 16.9.2014, no julgamento do RO nº 53430).

Outro aspecto do princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos é a exigência da absoluta neutralidade dos poderes públicos na campanha eleitoral. “No caso do poder político, seu uso já configura abusivo, pois se trata de fator absolutamente irrelevante na disputa eleitoral, que não comporta sequer medidas para compensar a desigualdade entre os candidatos”. (SALGADO, 2010, p. 272).

Abuso de poder político configura-se quando agente público, valendo-se de condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, desequilibra disputa em benefício de sua candidatura ou de terceiros, ao passo que abuso de poder econômico caracteriza-se por emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou privados, de forma a comprometer a legitimidade do pleito e a paridade de armas entre candidatos. Precedentes.⁸⁵

“Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, “o abuso de poder econômico ocorre quando determinada candidatura é impulsionada pelos meios econômicos de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a própria legitimidade do pleito”⁸⁶. Ainda nesse julgado, há uma definição para o uso indevido dos meios de comunicação, o qual “se dá no momento em que há um desequilíbrio de forças

84A alínea “p” tem a seguinte redação: a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por *doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral*, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

85 (Recurso Ordinário no 378375, Acórdão de 03/05/2016, Relator(a) Min. ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS e BENJAMIN, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, Data 06/06/2016, Página 9-10)

⁸⁶ Recurso Ordinário nº 457327, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume , Tomo 185, Data 26/09/2016, Página 138/139.

decorrente da exposição massiva de um candidato nos meios de comunicação em detrimento de outros" (REspe nº 4709-68/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10.5.2012).

Como dito em todo o trabalho, o propósito não é buscar entender o abuso de poder econômico, político e dos meios de comunicação, pois podem e devem se adequar ao caso. Assim, como não se pode afirmar tudo o que deve ser considerado, pode-se, pelos pressupostos apresentados, fazer um estudo sobre o que não é abuso de poder para a Justiça Eleitoral, como se verá nos itens 3.4.1 e 3.4.2 do estudo em tela.

3.3 A interpretação histórica e construtiva do abuso de poder político

Como disposto no item 2, tanto os princípios como os elementos utilizados para se analisar o caso concreto não são finitos, servem somente de norte. Nessa senda, para “que a argumentação do intérprete não se baseie exclusivamente em um juízo de reprovação moral”, conforme Galvão (2014, p. 301), acrescentando que a solução encontrada “parece estar na contextualização da decisão dentro do enredo histórico-político, demonstrando que, não obstante haver bons motivos para inferir nos compromissos políticos já assumidos pela sociedade, os princípios que subsidiam o pedido”.

Assim, demonstra-se que, quando a norma colocou a gravidade das circunstâncias e não dos fatos, deve-se fazer uma compreensão do abuso de poder a ser analisado de um contexto histórico político e factual. No presente caso, ao se debruçar sobre ações que envolviam a aplicação de políticas públicas, o TSE dentro de seu entendimento sobre o abuso de poder político, sem se afastar da essência da norma, fez uso de novos elementos qualitativos e quantitativos e princípios, para cessar o uso de políticas sociais como meio de obtenção de voto. No caso, foi reconhecida a necessidade de se analisar a vontade, ou dolo, do gestor, que designe um resultado eleitoreiro para a política pública.

O abuso de poder político, para melhor entendê-lo neste contexto, deve-se compreendido dentro do contexto histórico e frente figura do Clientelismo: política pública que tem sido bastante rechaçada nas decisões do TSE. O termo utilizado

neste trabalho é o criado da tipologia feita por Borges, que analisou a elaboração das políticas públicas “a partir de duas dimensões: os critérios de alocação de recursos (político-partidários ou universalistas) e a natureza dos bens e serviços produzidos (privados ou públicos)”. (BORGES, 2010, p. 120).

Quando se usa critérios de alocação político-partidárias com benefício privado, tem-se o clientelismo; quando o benefício é público, política distributiva. Se o critério de alocação for universalista e o benefício é privado, denomina-se focalização; se o benefício é público, o universalismo. (BORGES, 2010). Diferentemente dos dois critérios apontados, o de alocação de recursos e o de natureza dos bens, deve ser acrescido, não para a tipológica, mas para legalidade da política pública, a sua finalidade. Em outras palavras, ainda que considerada a política como universalista, se reconhecido o abuso de poder, a aplicação de política pública torna-se ilegítima para a Justiça Eleitoral. De qualquer forma, é possível observar, pela simples análise textual das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, que a prática da política pública de clientelismo, principalmente, tem sido reconhecida como abuso de poder político.

Assim, de antemão, observando algumas jurisprudências do Tribunal Superior Eleitoral, constata-se que algumas condutas são repudiadas por essa Corte, mormente quando da utilização de políticas públicas sociais pelos gestores, o que considera como política de clientelismo, uma forma de indiretamente impor um compromisso ao eleitor, a obrigatoriedade do voto. (JANOTTI, 1981). Exemplo de julgado nesse sentido, no caso de doação de lotes para assentamentos, em que se reconheceu o claro intuito de beneficiar um candidato, quando da clara transferência de novos eleitores para a cidade⁸⁷.

87 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. ALISTAMENTO E TRANSFERÊNCIA DE TÍTULOS. ALICIAMENTO DE ELEITORES. TRANSPORTE, USO DE MÁQUINA PÚBLICA E DOAÇÃO DE BENESSES. CONFIGURAÇÃO. ALEGAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA.

1. O Tribunal regional eleitoral reconheceu a prática de abuso do poder econômico e político em um esquema razão de aliciamento de eleitores para alistarem-se ou transferirem seus domicílios eleitorais, com a doação de terrenos e o oferecimento de transporte para a sede da zona eleitoral, além do fornecimento de documentos e orientações por ocasião dos requerimentos na Justiça Eleitoral.

[...]

Recurso especial a que se nega provimento.

(Ação Cautelar nº 85230, Acórdão de 23/06/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, Data 19/08/2015, Página 60/61)

Uma das consequências diretas, a cassação do mandato, o que leva ao raciocínio de que aplicar políticas públicas consideradas ilegítimas não devem ser usadas pelo gestor, o que diretamente leva a modificar os tipos de políticas públicas e a forma como esta se manifesta para tentar camuflar o abuso. Vários julgados tratam do tema: Distribuição de dinheiro para pagamento de remédios e funeral⁸⁸; distribuição de kits de materiais de construção civil no ano de eleição⁸⁹; pagamento de contas de água⁹⁰; distribuição de cheques para tratamento de saúde fora do município⁹¹.

Existem vários casos nos quais o TSE tem reconhecido, apesar de se tratarem de políticas sociais, a finalidade de quebrar o equilíbrio em favor de um dos candidatos, ou romper com a normalidade da eleição. Nesta perspectiva, destaca-se a seguinte interpretação sobre as ações sociais apresentadas no parágrafo anterior, como a de entrega de documentos, ou de atendimento em postos de saúde, quando desvirtuado de sua finalidade precípua, que é a garantia do direito social, para prevalecer a aferição do voto, passa, pelo menos para fins eleitorais, de competência da Justiça Eleitoral a aferição da legitimidade da política pública em razão dos impactos na eleição.

A esse respeito, entende-se interessante trazer a análise desse tema para este trabalho, pois não é nítida essa importância que a Justiça Eleitoral tem com as políticas públicas. Serve para demonstrar quão abrangente podem ser os fatos analisados pela justiça eleitoral em razão da necessidade de moralizar o pleito. A transferência de poder, as eleições têm muita importância para toda a sociedade, essa é mais uma razão para obediência ao Estado de Direito.

Tendo em vista que se está falando da análise de política pública, cabem as seguintes considerações. Conforme o entendimento de Paula Arcoverde Cavalcante

88 (Recurso Especial Eleitoral nº 48539, Acórdão de 26/11/2015, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 12/02/2016, Página 26-27)

89 (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 19563, Acórdão de 01/10/2015, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume -, Tomo 23, Data 02/02/2016, Página 241/242)

90 (Recurso Especial Eleitoral nº 28581, Acórdão de 21/08/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 23/09/2008, Página 15 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 3, Página 263)

91 (Recurso Especial Eleitoral nº 152210, Acórdão de 03/11/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 230, Data 04/12/2015, Página 145)

(2012, p. 26): “política pública é um curso de ação ou inação, escolhido por autoridades públicas para focalizar um problema, que é expressado no corpo das leis, regulamentos, decisões e ações de governo”. A utilização desse conceito, no qual a política pública envolve uma ação ou inação de uma autoridade pública, serve nesse trabalho, para respaldar o fundamento do TSE de mais um critério qualitativo para a aferição do abuso de poder político, qual seja, a finalidade do ato praticado. É quanto à escolha de uma certa ação social que a Justiça Eleitoral tem sopesado suas decisões para cassar ou, conseqüentemente, reconhecer a ilegalidade da prática de determinada política pública.

A escolha de uma política pública em detrimento de outra é de abordagem subjetiva e que esmera grande complexidade na sua análise. Ademais, deve-se observar que o aspecto analisado pela Justiça Eleitoral não deve se confundir com a análise política abordada por Figueiredo e Figueiredo (1986). Nesta, a escolha deve se fundamentar em razões relevantes “devem estar referidas a princípios cuja realização irá, presumivelmente, contribuir para uma desejável quantidade e distribuição de bem-estar”. (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 1986, p. 108).

Assim, entendendo que a política pública é aquela que não pode ser conceituada a ponto de seu resultado se fixar em um único conceito jurídico, em razão de sua natureza interdisciplinar, entende-se que o papel da política pública em um estado democrático de direito, também, não pode ser contextualizada unicamente em uma ótica jurídica de efetivação de uma garantia constitucional. (DALLARI; BUCCI, 2006).

Portanto, a Justiça Eleitoral preocupa-se com a análise dos objetivos eleitorais, ainda que exista uma desejável “distribuição de bem-estar”⁹². (DALLARI; BUCCI, 2006, p. 152). Assim, caso demonstrado que em razão dessa escolha tenha havido o claro intuito de desequilíbrio eleitoral, ainda que todo o processo de escolha tenha

92 Dallari, ao conceituar a Justiça Eleitoral, entende que é o órgão que regula a ruptura de poder, reestrutura o órgão que tem o condão de realizar a distribuição do bem-estar: Essas rupturas mostram que a criação do poder não se dá exclusivamente a partir da “base política instalada”, mas pode ser produzida a partir de resultados da gestão governamental. O governo deixa de ser apenas foro de “consumo” de poder político, com o usufruto das benesses por ele conferidas, mas passa a ser, potencialmente, lócus de “produção” de poder, com a modificação de estruturas e a geração de bem estar que não existiriam sem a ação governamental.

acontecido de forma legal, essa política, mesmo que eficaz, pode vir a ser afastada pela Justiça Eleitoral.

O exercício de atividade de filantropia por associação sem fins lucrativos não configura, por si só, abuso de poder político ou econômico, sendo imprescindível, a partir de elementos objetivos, a demonstração do caráter eleitoral da conduta para a sua configuração. AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 121826 - Nova Iguaçu/RJ

Em suma, a Justiça Eleitoral transporta a análise da aplicação de um serviço social, como regra assistencialista do aspecto teórico para o campo prático. Constrói um parâmetro qualitativo que envolve a finalidade da ação, que deve ser verificado especialmente quando o caso concreto analisado envolve serviços sociais assistenciais prestados pelo Estado, ou por pessoas e entidades filantrópicas. Não se pode vedar muitos serviços sociais em razão da grave desigualdade existente, mas deve a Justiça Eleitoral analisar os aspectos concretos da utilização eleitoreira, a ponto de macular o pleito eleitoral.

O que demonstra os argumentos postos, que não há necessidade de se criar novos tipos de abuso de poder, visto que na interpretação concretista, cabe a Justiça Eleitoral analisar todas as circunstâncias, que é muito mais abrangente que somente os fatos, pois engloba fenômenos históricos, políticos, sociais e factuais.

3.4 O TSE e novos tipos de abuso de poder como causa de pedir

Como dito na introdução e no decorrer deste trabalho, não é de fácil compreensão o significado do abuso de poder para o TSE, muitos parâmetros foram listados, ainda assim não é fácil a construção, por isso que se torna mais compreensível dizer o que não pode ser considerado abuso de poder. Portanto, nesse item, dois acórdãos importantes, cujo critério de escolha foi descrito na introdução, serão analisados em sua totalidade para melhor fundamentar o porquê de não se poder criar novos tipos de abuso de poder, do que realmente caracterizar o abuso de poder. O primeiro diz respeito ao abuso de poder religioso, o segundo, sobre o abuso de poder cultural.

3.4.1 O abuso de poder religioso como causa de pedir

O abuso de poder religioso como uma figura autônoma tem sido um tema recorrente na mídia⁹³, nos TREs⁹⁴ e o próprio TSE tem se debruçado sobre o tema e que, apesar de já existirem algumas decisões nessa Corte (RO 180081, RO 795038), ainda está sendo sedimentada a jurisprudência a seu respeito no Tribunal Superior Eleitoral, não há um entendimento pacificado.

O ponto basilar da discussão no TSE é se a figura do abuso de poder religioso deve ser reconhecida como causa de pedir nas ações eleitorais que examinam o abuso na Justiça Eleitoral, ou deve ser combatido de forma indireta, quando o abuso de poder religioso se transveste de abuso de poder econômico, político ou do uso dos meios de comunicação.

Como se tem afirmado no exame dos parâmetros, não se entende neste trabalho a possibilidade de se reconhecer o abuso de poder religioso como figura autônoma do abuso de poder que possa, por si, ensejar o ajuizamento de uma ação para se cassar o registro, ou o diploma de um candidato eleito, anular os votos.

De qualquer modo, em um dos últimos julgados sobre o tema, utilizou-se desses preceitos postos nesse trabalho para desconstituir essa ideia de que para ser justo devam ser implementados princípios e reconhecidos novos tipos de abuso de poder. No julgamento RO nº 2653-08 a possibilidade de se dar uma interpretação extensiva sobre autoridade, para se alcançar o poder religioso foi prontamente rechaçada pelo Ministro Relator, por entender que todos os atos apontados como abuso de poder poderiam ser combatidos pelos tipos já dispostos em Lei. Em outras palavras, não há necessidade de se usar o termo abuso de poder religioso quando se analisa o uso de dinheiro de igrejas, a norma veda essa prática por entender ser abuso

⁹³ O TSE estuda bloquear influência de igrejas nas eleições. Disponível em: <http://m.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/tse-estuda-bloquear-influência-de-igrejas-nas-eleicoes/>

⁹⁴ O TRE/RJ já julgou caso em que reconhece praticamente a figura do abuso de poder religioso no julgamento do Recurso Eleitoral 49381 de Magé/RJ assim dispostos parte dessa ementa. “[...] O abuso da confiança de um sem número de seguidores, representou conduta violadora à liberdade de voto e ao equilíbrio da concorrência entre candidatos. 4) Propósito religioso que restou desvirtuado em prol de finalidades eleitoreiras, com templos transformados em verdadeiros comitês de campanha, cuja localização em áreas humildes da região pressupõe em princípio, mais suscetível a manipulações. 5) A prática vem se mostrando cada vez mais frequente na sociedade, levando alguns estudiosos a vislumbrar uma nova figura jurídica dentro do direito eleitoral: o abuso do poder religioso. Apesar de não possuir regulamentação expressa, tal modalidade, caso não considerada como uso indevido dos meios de comunicação, merece a mesma reprimenda dada às demais categoriais abusivas legalmente previstas.[...]”

de poder econômico. Assim, as práticas que não se encontram refutadas pelo ordenamento, ou cujos atos dependam unicamente do líder religioso, por não estar vedado por lei o exercício de certos poderes, porque o intérprete tem que fazer às vezes de legislador e criar novo tipo de abuso de poder.

Não há abuso cometido por cidadão unicamente por pedir voto ou manifestar seu pensamento político. Se a profissão for de um pastor, padre, pai de santo, perde esse direito à livre expressão ou manifestação de pensamento? Lógico que essa é uma pergunta muito mais retórica, por não existir uma resposta exata, pois a depender do contexto e dos fatos descritos pode, sim, cometer abuso do uso indevido dos meios de comunicação, econômico e até mesmo político, se for também autoridade pública, mas nunca abuso de poder religioso. Nesse viés, é que, a seguir se analisa o *leading case* recente sobre o tema, no qual todos os pontos de vista e fundamentos são amplamente discutidos nos vários votos apresentados.

3.4.1.1 Análise do Acórdão no RO nº 2653-08– abuso de poder religioso como causa de pedir

Para melhor compreensão sobre o tema, faz-se necessário analisar por inteiro o julgamento do Recurso Ordinário - RO Nº 2653-08⁹⁵. Assim será possível visualizar vários dos parâmetros anteriormente listados nesse trabalho, como também, observar o interessante debate sobre os pontos de vista do abuso de poder religioso, cujo resultado, como já informado, confirma a hipótese apresentada para a qual não se pode criar novos tipos de abuso de poder.

a) Breve histórico fático e processual – RO nº 2653-08/TSE

Trata-se do julgamento no TSE do RO Nº 2653-08, no qual vários recursos ordinários interpostos contra decisão do TRE/RO e decorrentes de duas ações de investigação judicial eleitoral propostas pelo MPE e pela Coligação Rondônia Melhor para Todos, foram condensados nesse julgamento. Os recursos ordinários foram interpostos por: João Aparecido Cahulla, candidato à reeleição ao cargo de governador e não eleito; Joarez Jardim, candidato ao cargo de deputado federal e não

95 (Recurso Ordinário nº 265308, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 05/04/2017, Página 20/21)

eleito e Ivo Narciso Cassol, candidato ao cargo de senador e eleito. Valdemiro Santiago de Oliveira, representante da Igreja Mundial do Poder Deus e a Coligação Rondônia Melhor para Todos que interpuseram recursos especiais, que foram transformados em RO. Todos os recursos atacaram o acórdão regional de fls. 430-454. (Acórdão no RO N° 2653-08, p. 02).

Ao iniciar a discussão sobre a inelegibilidade, foi alegada uma preliminar, de que não poderia se imputar às autoridades qualquer inelegibilidade, pois não praticaram qualquer ato, tão somente seriam meros beneficiários.

Destaca-se que o TRE/RO considerou como ato abusivo a presença dos candidatos em ato religioso os quais foram convidados a subir ao palco no início do evento e ficaram junto ao pregador Valdemiro Santiago somente nesse período. Apesar de os candidatos não terem pronunciado qualquer palavra, foram mencionados várias vezes no evento religioso.

Para o TRE vários foram os agradecimentos e elogios proferidos pelo pregador, que mencionou a necessidade de mantê-los como autoridades. Usa como exemplo, logo após a benção final, que foram lembradas as autoridades presentes como pessoas que mereciam representar a obra da Igreja Mundial no plano estadual e federal. Para os candidatos recorrentes, conforme entendimento do TSE, eles não poderiam ter decretado a inelegibilidade em razão de serem meros beneficiários e não tiveram uma participação ativa. (p. 15-16).

Todavia, apesar dos candidatos não terem se pronunciado ao público, houve evidentes alusões à necessidade de serem mantidos como autoridades do Estado, ou da obra da igreja, e “foram protagonistas com sua presença na parte inicial do evento ao subirem no palco e se postarem ao lado do recorrente Valdomiro”. (Acórdão no RO N° 2653-08, p. 16). O líder religioso agradeceu a presença das autoridades em cima do palco e teria enaltecido as suas qualidades políticas.

A esse respeito, comporta observar que o ministro relator Henrique Neves faz um contraponto, pois afirma que caso os recorrentes não tivessem subido ao palco, mas tão somente assistido ao evento religioso como os demais na plateia, poderiam ter sido considerados como mero beneficiários, sem o seu protagonismo.

Por isso os precedentes não se aplicam a esse caso, pois esse fato fez com que eles tivessem contribuído de forma ativa para a sua exposição frente aos demais espectadores e por terem lhes sido feitos elogios e enaltecimentos, assumiram os riscos de suas condutas. Portanto, o Relator rejeitou a preliminar da impossibilidade de imputação da inelegibilidade por serem meros beneficiários. (Acórdão no RO N° 2653-08, p. 16).

b) As premissas teóricas dispostas pelo relator sobre o abuso de poder religioso

Neste acórdão, ocorreu uma prática não costumeira nos julgamentos, antes de se prolatar o voto, o Relator abriu um item, ou ponto, para fazer uma análise teórica sobre o novo tema a ser discutido. Esse foi o fato decisivo para escolha desse acórdão e do próximo sobre abuso de poder do cacique. O Relator, antes de passar ao exame de fundo, fez uma análise teórica sobre o abuso de poder religioso, o que ele considera como “Premissas teóricas. Abuso do poder religioso” (p. 17).

Neste ponto, coloca toda a sua concatenação conhecimentos/saberes sobre o abuso de poder religioso. Aqui deve se fazer uma consideração, pois inicia sua fundamentação usando dos elementos normativos, descreve o que a norma constitucional entende como abuso de poder, faz um glosa da norma infraconstitucional sobre o abuso de autoridade. Ou seja, o parâmetro essencial utilizado é a norma, que não é afastada no voto, parece óbvio, mas não como se verá na sequência das considerações acerca da presente temática.

Outro ponto que merece destaque é que, indiretamente, o Relator reconhece a teoria relacional, estudada neste trabalho no ponto 1.2, em que admite que ao se reconhecer um poder, também se reconhece a limitação de um direito ou liberdade constitucional. Ou seja, o poder é a manifestação de um direito, somente quando o abuso descrito pela norma interferir diretamente nos bens tutelados pelo Direito Eleitoral é que deve ser combatido, do contrário, poderá haver a limitação de várias liberdades constitucionais. Assim, os fundamentos postos no voto do Relator seguem os parâmetros ditados nesse trabalho.

Ressalta-se que, em seu voto, afirma o ministro relator Henrique Neves que a figura do abuso de poder religioso não encontra qualquer supedâneo normativo, seja

constitucional ou nas leis eleitorais (Conforme apresentado na sessão 2.1 deste trabalho). Dito isso, o Ministro Relator Henrique Neves discorre sobre os direitos e garantias frente ao abuso de poder, deixa claro sobre o que a norma prevê neste caso, ou seja: a proteção à liberdade religiosa, não a supressão. Afirma: “Ao contrário, a diversidade religiosa constitui direito fundamental, nos termos do inciso VI do artigo 5º [...]”. (Acórdão no RO Nº 2653-08, p. 16). Esclarece que a Carta Magna afirma ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, que dispõe: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”⁹⁶.

Importante notar que o Relator reconhece a existência de outros preceitos constitucionais nas relações interpessoais, ainda que esteja sendo discutido o exercício de direitos individuais e coletivos durante a campanha eleitoral, e na busca pelo voto, momento em que toda a preocupação eleitoral é pela proteção da “normalidade da eleição”.

O presente trabalho, ao analisar os princípios que devem sopesar as decisões dos magistrados, enumerou princípios que não são exclusivos do Direito Eleitoral, ao contrário, são limitadores das condutas fiscalizadoras e punitivas dos órgãos de coibição ao abuso de poder, neste caso, tem-se como exemplo a liberdade de expressão. Esses princípios foram vistos como forma de ponderação ao reconhecimento do abuso, uma vez que muitos são os poderes, ou direitos exercidos por terceiro que podem influenciar o voto, sem que, necessariamente, se exija o reconhecimento do abuso de poder pelo Direito Eleitoral.

Reitera-se que, no presente estudo, entende-se que deve haver um limite ao magistrado na ampliação da figura do tipo de abuso de poder, especialmente quando o aplicador tentar considerar um novo tipo de abuso de poder como causa autônoma de uma ação eleitoral, uma vez que no Brasil é Estado Democrático de Direito que rege as relações. Implica dizer que muitas liberdades e garantias podem entrar em choque com a garantia à liberdade do voto e que, portanto, esse direito não é absoluto.

96 Íntegra do inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal vigente.

Feitas essas considerações, voltando à análise do acórdão sobre o ponto de vista apresentado do conflito de princípios e direitos fundamentais, pondera o Ministro Relator Henrique Neves sobre a possibilidade de criação de mais uma vertente do abuso de poder, o religioso. Afirma que, não obstante o dever de se reconhecer a liberdade religiosa, há a necessidade de se reconhecer, também, a laicidade do Estado, para que a plena liberdade religiosa e de culto não possa se obstruir ou confundir-se com a atuação do Estado laico. Para tanto, destaca voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF nº 54. Expõe-se, a seguir, trecho do voto na ADI e a conclusão do Relator:

Como destacado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF nº 54:

[..] A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmento, revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas - por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros - e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático -no qual estão investidas as autoridades públicas - e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário.

[...]

Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles [23]. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

A advertência do eminente Ministro Celso de Mello, acima citada, tem plena aplicação à análise dos impactos que cultos religiosos podem causar no processo eleitoral.

Embora o Ministro Relator entenda que não há no ordenamento a figura do abuso de poder religioso, ao contrário, consta a proteção à liberdade religiosa, remonta a preocupação com os impactos dos cultos religiosos podem causar no processo eleitoral. Todavia, essa abordagem é feita de forma muito cautelosa, passando a analisar todo tipo associação religiosa. Assim, vê-se que mencionado relator demonstra preocupação somente com as religiões que crescem, mas também

com toda associação de pessoas cuja finalidade seja a religiosa. Deixa, claro, inclusive, que os cultos religiosos devem ser vistos dentro do respeito à diversidade.

Para tratar sobre o direito à diversidade, inicia-se o raciocínio remetendo à proteção posta no art. 18⁹⁷ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazendo menção também ao voto do Min. Luiz Fux no REspe nº 287-84 sobre as tribos indígenas, cuja análise será feita, mais adiante, nesse trabalho.

Interessante observar que o Relator afirma que a diversidade de religiões também influi na impossibilidade de se reconhecer juridicamente se as benesses recebidas e prometidas pelos profetas religiosos no plano espiritual são verdadeiras ou falsas, pois estariam ligadas ao que cada ser humano considera como verdadeiro, e cada religião possui conceitos e fundamentos próprios, que não se confundem com as demais e que não podem ser utilizadas como comparação, ou como fundamento para análise jurídico.

O Relator coloca como exemplo norma do Código de Direito Canônico que proíbe os clérigos de assumirem cargos públicos, respeitando-se as exceções. Essa regra não pode ser utilizada como parâmetro para outras religiões. Além disso, do mesmo modo que não se pode utilizar o direito para favorecer a uma certa religião em detrimento de outra, também as regras de condutas internas de uma religião não podem sopesar a aplicação do direito em contraposição às normas legais e constitucionais.

De qualquer modo, o Relator deixa claro que: “A autonomia da liberdade religiosa cede em relação à segurança, à ordem, à saúde ou à moral pública ou aos direitos e às liberdades das demais pessoas” (ACÓRDÃO no RO N° 2653-08, p. 20).

O Relator acertou ao afirmar que qualquer pessoa que represente uma religião está protegida pela “garantia constitucional da liberdade da manifestação do pensamento e da crença”. (Acórdão no RO N° 2653-08, p. 21). Por isso que ao discutir

⁹⁷ O Art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ratificada pelo Brasil, tem a seguinte redação: toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos

o abuso de poder religioso, há uma linha muito tênue sobre o que poderia ser considerado como liberdade religiosa e propaganda partidária, uma vez que a igreja e as religiões estão inseridas na sociedade e grande parte dos problemas da sociedade, também, o é das religiões. Nesse contexto, destaca o Relator, afirmando:

[...] não há como impor às igrejas o silêncio diante de temas relevantes da sociedade, que ocupam as mentes e preocupações diárias dos seus seguidores. Não é estranho, nesse sentido, que os representantes de diversas igrejas abordem, em seus sermões ou discurso, temas políticos relevantes que afligem a comunidade.

A possibilidade de assim proceder atende ao próprio princípio democrático que pressupõe a existência do livre debate de ideias, a partir do maior número possível de fontes de informação.

Portanto, é absolutamente lícito e constitucionalmente assegurado que os sacerdotes e pregadores enfrentem em seus discursos, nas suas homilias, sermões, prelações ou reflexões os termos políticos que afligem a sociedade e possam, livremente, adotar posições sobre os problemas da sociedade, expondo suas opiniões e seus conselhos a respeito do tema. (Acórdão no RO N° 2653-08, p. 21).

Outro ponto que merece destaque no voto do Relator é o seu reconhecimento de que podem os candidatos e partidos políticos defenderem causas religiosas, tanto que dá exemplos de partidos que possuem na própria sigla expressões religiosas como - Partido Trabalhista Cristão – PTC, Partido Social Cristão – PSC. Além disso, lembra o relator que os valores religiosos são bastante empregados nas propagandas eleitorais e nos discursos dos candidatos, nem por isso se configura abuso de poder.

De qualquer maneira, fica claro em seu voto que esses valores e a garantia à liberdade religiosa não são absolutos, possuem limites constitucionais, como afirma sobre esta questão:

A garantia de liberdade religiosa e a laicidade do Estado não afastam, por si sós, os demais princípios de igual estatura e relevo constitucional, que tratam da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, assim como os que impõem a igualdade do voto e a igualdade de chances entre os candidatos. (p.22)

Neste ponto pode-se afirmar que o Ministro Relator ajusta uma linha que, nesse trabalho, se entende como escoreita e impecável. Sendo esta, a limitação de poderes, ou influências, no caso, a liberdade religiosa na qual pode o líder religioso

falar sobre os problemas políticos, até mesmo pedir voto, desde que não se sobreponha aos limites constitucionais e não se transfigure em abusos de poder determinados pela constituição, quais sejam: abuso de poder econômico, político ou dos meios de comunicação.

Nesse esteio, entende-se neste trabalho que não pode haver novas criações jurídicas de abuso de poder por meio da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que a constituição e a norma infra não permitem essa construção jurídica.

Por isso que, após afirmar que deve haver a liberdade religiosa e que podem ser discutidos os assuntos políticos dentro das igrejas, o Relator deixa claro que a norma impõe restrições não a essas liberdades, mas garantias de que deve ser respeitada a normalidade das eleições. Nesse sentido, é lícito aos membros falar de política, mas, no entanto, não pode haver a participação financeira das igrejas nas campanhas políticas, ou publicidade extensiva dentro de suas dependências, inciso VIII do art. 24 da Lei nº 9.504/97.

Observar-se que, no voto, fica claro acerca desse dispositivo, visto que foi analisado no julgamento do RCED nº 746 de Relatoria do Min. Marcelo Riberio, no qual o Relator reconheceu que determinada igreja pagou e distribuiu publicações, recomendando expressamente o voto em favor de certos candidatos e, por isso, estaria incorrendo na conduta do dispositivo ilícita, mas não foi considerado abuso de poder econômico por falta de potencialidade. Deve-se esclarecer que após o julgamento da ADI 4.650, na qual o STF entendeu a proibição de doação de pessoas jurídicas, não só as igrejas, mas todas as pessoas jurídicas também não podem mais fazer qualquer tipo de doação, seja diretamente ou por qualquer outro meio.

O Relator faz aqui uma observação muito importante sobre o aspecto da influência das pessoas jurídicas, para o qual “[...] a normalidade e a legitimidade dos pleitos impõe que sejam observadas regras igualitárias em relação às pessoas jurídicas, não cabendo discriminá-las a partir de critérios religiosos”. Interessante observar que o Relator aponta que não pode haver discriminação por se tratar de aspecto religioso, por mais que muitos atores da sociedade observem o crescimento dentro da estrutura política de figuras advindas do meio religioso, não pode haver discriminação quanto as limitações.

Não obstante a limitação da doação existe outra limitação imposta às igrejas, a realização de propaganda eleitoral nas igrejas. Observe que a igreja é tratada pelo Tribunal Superior Eleitoral como bem de uso comum, conforme §4º do art. 37 da Lei 9504/97. Ademais, para o Relator, o culto religioso transformado em ato de propaganda, com a presença de candidatos e pedido de votos não pode ser considerado com livre manifestação da liberdade religiosa:

Neste aspecto, além da possibilidade de o responsável e o beneficiário responderem pelas sanções pecuniárias previstas na Lei nº 9.504/97, seja em relação a multa por propaganda irregular, seja em relação à arrecadação de recursos provenientes de fontes vedadas e acima dos limites de gastos permitido, a matéria também pode ser examinada sob o ângulo do abuso de poder econômico. (p. 26)

Observe que o autor não fala em abuso de poder religioso, afirma que a conduta pode ser examinada pelo ângulo do abuso de poder econômico. Para enfatizar seu fundamento, trouxe ementa de julgado e afirmou que:

De igual modo, ainda que inviabilizado o reexame dos fatos e das provas, esta Corte também já manteve entendimento que "concluiu pela ocorrência do abuso do poder econômico por meio de realização de evento religioso com shows, distribuição de comida e bebida e a participação do então candidato à reeleição, além da veiculação de periódico no qual se enaltecia sua imagem" (REspe nº1289-48, rei. Mm. Dias Toffoli, DJe de 5.2.2015)16. (p.27).

Assim, não pairam dúvidas de que podem ser combatidas todas as nuances de influências ou de poderes decorrentes das demais liberdades e garantias individuais, utilizando-se das garantias ao pleito impostas pela norma. Outro fator limitador da liberdade religiosa é a utilização dos veículos de comunicação social para difusão de pedidos de votos e propagandas partidárias, o que poderia caracterizar a hipótese do art. 22 da Lei nº 64/90.

Observa-se que o Relator coloca todos os mecanismos dispostos em lei para contrapor a liberdade de expressão religiosa, sem criar a figura de que a própria manifestação religiosa em período eleitoral seria considerada abuso de poder. Em outras palavras, quando se utilizam os meios de comunicação, o dinheiro da igreja e os cultos, não para manifestar a crença, mas para desvirtuar as eleições, não há que se falar em liberdade religiosa, mas sim como um tipo de poder a ser combatido diretamente pela Justiça Eleitoral. Conclui o Relator Henrique Neves da seguinte forma:

Em conclusão, ainda que não haja como reconhecer a existência de abuso do poder religioso - cuja análise deve ser sempre realizada da forma mais isenta possível, sem contaminação de convicção espiritual própria, sob pena de se caminhar para a intolerância religiosa -, a liberdade religiosa e a separação entre o Estado e a igreja não autorizam a admissão de atos que atentem contra a normalidade e legitimidade das disputas eleitorais e que quebrem a igualdade de oportunidades entre os candidatos.

[...]

Os excessos e ilícitos cometidos podem ser aferidos pela Justiça Eleitoral, seja no exercício do poder de polícia, seja nos feitos judiciais, desde a aplicação de simples multas até a caracterização de abuso do poder econômico, uso indevido dos meios e veículos de comunicação social ou apuração de desrespeito às regras financeiras das campanhas eleitorais. Nessas situações, conforme a gravidade verificada, o registro ou o diploma dos candidatos beneficiados podem ser atingidos e a inelegibilidade pode ser cominada. (p.28).

A conclusão alcançada pelo Relator coaduna-se com o entendimento deste trabalho, na qual a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem apontado para que todas as influências ilícitas sobre a liberdade do voto e a normalidade das eleições se encontram plenamente normatizadas, não necessitando de inovações. Interessante observar da conclusão acima, que de forma correta, o Relator não apontou o reconhecimento do abuso de poder como uma das possibilidades para se combater o poder religioso. Isto é, não considera o líder religioso como uma autoridade no sentido normativo do abuso de poder, por fazer parte do cenário das relações horizontais, e, portanto, não está consubstanciada com o poder do Estado sobre o cidadão. Explanadas as questões pertinentes a este item, passa-se, em seguida, ao exame do mérito.

c) O julgamento do mérito

A seguir, o voto do Relator sobre o mérito. Como já informado, trata-se de recurso contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral, promulgado no sentido de que evento de caráter religioso, dirigido pelo líder religioso Valdemiro Santiago e transmitido pela televisão e pela internet, realizado na cidade de Rolim de Moura/RO, teria favorecido as candidaturas de Ivo Cassol (senador eleito), João Cahulla (governador não eleito), Joarez Jardim (deputado federal não eleito) e Ari Saraiva (deputado estadual não eleito), razão por que o caso teria se configurado em abuso de poder político, econômico e uso indevido dos meios de comunicação.

Analisando a hipótese fática, primeiramente, entendeu o Relator que os fatos narrados, apesar de terem tido a participação de cantores evangélicos e de um número expressivo de pessoas, não poderiam ser considerados como showmício (vedado na legislação eleitoral, é quando se utiliza de artistas ou outros artifícios para desvirtuar um comício, chamar mais público). Da análise dos vídeos juntada nos autos do processo não se verificou a existência de pessoas fazendo propagandas dos candidatos, não confirmou que houve distribuição de materiais de propaganda eleitoral de qualquer tipo. Não houve prova robusta da existência de showmício.

Quanto ao exame do abuso do poder econômico, traz entendimento da jurisprudência que afirma "concretiza-se com o mau uso de recursos patrimoniais, exorbitando os limites legais, de modo a desequilibrar o pleito em favor dos candidatos beneficiários"⁹⁸.

Observa-se que o relator, Min. Henrique Neves, deixa claro que é possível a constatação de abuso de poder econômico quando as igrejas e os eventos religiosos o utilizam para alterar a normalidade do pleito. Todavia, por ter ocorrido o evento na eleição de 2010, aplicou-se a necessidade da consideração da potencialidade do fato para poder ser configurado o abuso de poder.

Nesse esteio, asseverou que há pouco o TSE debruçou-se sobre este tema ao julgar o Recurso Ordinário nº 7950-38, em 30.9.2015, no qual ficou assentado que, naquela hipótese fática, apesar da realização de dois eventos religiosos considerados ilícitos, os dados em análise não se mostravam suficientes para o reconhecimento do abuso de poder. Sendo assim, o Relator faz uma comparação com o caso em julgamento cujo fato ilícito é um único evento realizado no interior do Estado, e que, parte do evento foi concebida como propaganda de candidatos não ficou demonstrado como transmitido pela TV, mas tão somente pela internet, como realçado no parágrafo anterior.

Acrescenta-se, que o Min. Henrique Neves não considerou ocorrido pelos fatos analisados o uso indevido dos meios de comunicação social, pois entendeu que não restou demonstrada a veiculação proposital das bênçãos dos candidatos pela TV e

⁹⁸ Conforme o Relator, o trecho é retirado do julgamento dos seguintes recursos: RO nº 14-72, rei. Mm. Arnaldo Versiani, DJe de 10.2.2008; Respe nº 28.387 rei. Min. Ayres Britto, DJe de 20.4.2007.

que parte essencial somente foi transmitida pela internet, como realçado no parágrafo anterior.

Ao fim do seu voto de mérito, merece destaque a análise do não reconhecimento do abuso de poder político aos casos em que se discute a liberdade religiosa. Trata de questão relevante, merecedora de cuidadosa atenção, tendo em vista que uma das correntes que defende a autonomia do abuso de poder, ainda na análise desse acórdão, decorre do elástico do abuso de autoridade. Tentam retirar do conceito de autoridade algo mais genérico, que abranja, também, a pessoa do líder espiritual, ou religioso, ou qualquer outro que tenha uma certa autoridade em relação a um grupo determinado de pessoas.

No contexto deste caso concreto analisado, o TRE descartou a figura do abuso de autoridade de todos os que não exerciam cargo público, a exemplo do pastor Valdemiro, mas reconheceu o abuso de poder político do candidato à reeleição, o governador João Cahulla. Para o TRE o abuso somente iria alcançar os que têm vínculo com a administração pública.

Cabem várias interpretações sobre o tema de reconhecer, de fato, quem deve ser denominado como autoridade. Nesse diapasão, o Relator é sucinto e claro sobre como deve ser analisado o tema, cujo entendimento se coaduna com o do presente trabalho, tendo em vista o que declara seu objeto de estudo.

O abuso do poder político ou de autoridade descrito no art. 19 da Lei Complementar nº64, de 1990, faz expressa referência, no seu parágrafo único, ao *"abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"*.

A Lei Complementar nº 64 foi editada a partir do disposto no art. 14, § 9º, da Constituição da República, que dispõe:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Assim, tanto o texto constitucional quanto a lei complementar, quando falam em abuso do poder político, expressamente se referem ao abuso do exercício de cargo ou função da administração direta ou indireta.

A influência do poder político para o Direito Eleitoral, portanto, pressupõe a prática abusiva derivada do exercício de cargos públicos, ou seja, o

desvirtuamento das relações entre o Estado, os representados por seus agentes e os cidadãos. Em outras palavras, a anormalidade detectada nas relações entre os governantes e os governados.

Daí é que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem considerado que o abuso do poder político se caracteriza "quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros" (REspe nº 468-22, rei. Mm. João Otávio de Noronha, DJe de 16.6.2014).

No mesmo sentido: "O abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da condição funcional para beneficiar candidaturas (desvio de finalidade), violando a normalidade e a legitimidade das eleições (Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, AgRgRO 71 8/DF, DJ de 17.6.2005; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REspe 25.074/RS, DJ de 28.10.2005)" (RCED nº 698, rel. Mm. Felix Fischer, DJe de 12.8.2009.) (p.39 do acórdão em exame).

O entendimento exposto pelo Ministro Relator Henrique Neves revela muita transparência quanto à obrigatoriedade de o abuso de poder político, ou de autoridade, ser reconhecido, somente, quando o ato ilícito que macula a normalidade das eleições tenha sido praticado por autoridade vinculada à administração pública direta ou indireta. Não deixa espaço para elastecimentos sobre o conceito de autoridade.

Além disso, ao fim do voto, reconhece precedente deste Tribunal no qual o Ministro Luiz Fux, ao analisar atos praticados por líder de aldeia indígena, cacique, concedeu "maior amplitude ao conceito de autoridade contido no ordenamento jurídico eleitoral, para considerar, neste conceito, as pessoas que possuem autoridade cultural ou religiosa própria, que se destacam perante a sociedade". (p. 40). Esse sentido dado ao abuso de autoridade para inseri-lo em uma perspectiva de diversidade será analisado no próximo ponto desse trabalho, ao se discutir o abuso de poder cultural.

3.4.1.2. Os votos dos demais Ministros membros da Corte e a análise da potencialidade

Em prosseguimento à análise compreensiva relativa à complexidade que envolve o tema abuso de poder, nesta subseção, serão abordados os votos dos demais Ministros, comparando-os com o voto do Min. Relator Henrique Neves, fazendo as observações que se entendem necessárias a respeito do que foi apresentado, no presente trabalho, sobre o abuso de poder, à luz do que preceitua a

norma legal, segundo os ministros relatores: Luiz Fux, Luciana Lócio e Gilmar Mendes.

a) O Ministro Luiz Fux e o entendimento do Relator.

Assevera-se desde o início, e ao longo deste trabalho que os pressupostos iniciais para que seja conhecido o abuso de poder são: a incidência normativa e a sua aplicação ao caso, fazendo uso dos princípios por meio de critérios qualitativos e quantitativos de análise. Em grande parte, esses princípios foram discutidos sob as nuances dos ensinamentos do Min. Luís Fux. Associado a estes aspectos, o eminente relator deixa claro que o entendimento é de que não se podem criar novos tipos de abuso de poder como causa de pedir.

Antecipadamente, informa-se que o Min. Luís Fux expôs entendimento no Recurso Especial Eleitoral nº 28784 sobre o abuso de autoridade praticado por índio, e que será visto no ponto seguinte desse trabalho, considerando que o cacique pode praticar abuso de autoridade. Apesar de possuir um entendimento diferente do exposto pelo relator no presente caso, concordou com os argumentos apresentados sem qualquer ponderação. Abaixo trecho de seu voto.

A tese, em si, de que uma reunião religiosa pode-se transmutar em propaganda eleitoral e pode ser punida, no meu modo de ver, está bem destacada no voto do relator.

[...]

Vejam que o voto faz a separação entre a laicidade do Estado e a liberdade religiosa, que é importantíssimo no campo eleitoral.

Quer dizer, no caso, não existe abuso de poder religioso, seria o abuso de poder político via religião. E para culminar na defesa da nossa jurisprudência: "tal proteção, contudo, da liberdade religiosa não atinge situações em que o culto religioso é transformado em ato ostensivo ou indireto de propaganda eleitoral com pedidos de votos a favor dos candidatos".

[...] Com essas premissas teóricas, peço vênica ao colegiado para antecipar meu voto, acompanhando o relator. (p. 41-42).

Nesse contexto, por ser esse julgado mais recente, pode-se, de uma certa forma, considerar que o entendimento do ministro Fux adotou, de forma genérica, lógico, observando esse caso, que o direito fundamental a liberdade religiosa quando se transmuta em atos de abuso de poder econômico e dos meios de comunicação

que possam infringir a normalidade das eleições, a liberdade do voto ou a paridade de armas, não devem ser considerados como uma figura autônoma do abuso de poder passível de ação própria, mas combatido dentro e somente do que é considerado abuso de poder pela norma.

b) O voto da Ministra Luciana Lócio: a inexistência do abuso do poder religioso.

A Ministra em seu voto afirma que acompanha a linha de raciocínio do Ministro Relator fazendo algumas considerações. Adverte sobre a preocupação de que as pessoas jurídicas não podem mais fazer doação de campanha e que a norma expressamente prevê que é conduta vedada a doação de qualquer tipo pelas igrejas, que isso deve ficar claro.

Quanto ao reconhecimento da figura do abuso de poder religioso, afirma: “Porque, embora não tenhamos em nosso ordenamento jurídico a figura do abuso de poder religioso, esse abuso se dá por meio do abuso de poder econômico, fazendo uso do dinheiro das igrejas”. (p. 43).

Por mais que tenha sido curta a sua participação, a Ministra foi clara em concatenar um pressuposto posto nesse trabalho, qual seja: as condutas vedadas são subespécies do abuso de poder, pois se da prática da conduta vedada for reconhecida a gravidade dos fatos, configurado está o abuso de poder. Ao caso, a Ministra deixa claro que a norma veda a contribuição das igrejas para os candidatos, essa simples constatação não demonstra a existência do abuso de poder religioso, mas, uma vez demonstrada a gravidade do dano, como dito pelo relator, deve ser punido os responsáveis pelas penalidades decorrentes do abuso de poder econômico.

c) A potencialidade como fator determinante para o reconhecimento do abuso

A potencialidade, ou hodiernamente a gravidade dos fatos, foi um tema alocado nesse trabalho dentro dos elementos qualitativos, visto que seu reconhecimento pode diferenciar o que venha a ser simplesmente conduta vedada e captação ilícita de sufrágio do abuso de poder. Como se pode ver do acórdão, é nesse momento que há a maior carga de subjetivismo posta nas fundamentações para se considerar que certo fato deve ou não ser visto com gravidade suficiente para interferir na normalidade do pleito.

No presente acórdão em análise, a discussão sobre a potencialidade para a caracterização ou não da conduta do abuso de poder foi acalorada. Após o voto da Ministra Luciana Lóssio, houve pedido de vista requerido pelo Min. Gilmar Mendes, alegando que tinha uma causa parecida em que faz parte o mesmo líder religioso e por isso pretendia analisar melhor o tema.

Em razão do pedido de vistas, o Ministro Herman Benjamin fez algumas considerações sobre o fato de o relator ter reconhecido a existência de ilicitude, mas não ter reconhecido o abuso de poder econômico em razão da potencialidade. Para o Min. Herman Benjamin 10 (dez) mil pessoas presentes no evento já seriam suficientes para a constatação do abuso de poder econômico.

O Min. Henrique Neves ressaltou que não foram transmitidos pela TV os fatos tidos como ilícitos por isso não haveria a potencialidade para macular os bens jurídicos tutelados, pois se tratava de uma eleição estadual e não municipal, e mesmo que fosse este o caso poderia até haver a possibilidade de ilicitude. Deixou claro o Relator sobre o questionamento do Min. Dias Toffoli quanto à proibição de distribuição de propagandas ou afixação de cartazes em eventos religiosos, por conhecer da jurisprudência do TSE, mas esse não era o caso dos autos. Por fim, afirmou que o fato relacionava-se com as eleições de 2010, sendo assim, a norma exigia a necessidade de reconhecimento da potencialidade do ato praticado para afetar a normalidade da eleição, o que entendeu o relator não ser o caso.

De qualquer modo, o Ministro Herman Benjamin explicou a sua preocupação:

Nesse sentido, Senhor Presidente, penso que, como sinalizou o meu voto, tem um fator determinante para a conclusão. Essa é a eleição de 2010, então temos que seguir a legislação do ano de 2010, que era antes, inclusive, da Lei da Ficha Limpa e de todas as alterações da Lei nº 13.165/2015 e da decisão do Supremo Tribunal Federal, daí a minha preocupação de dizer: não houve a potencialidade pelos critérios da jurisprudência de 2010.

A partir deste ano, penso que já fica indicado, esses fatos, esses atos, se ocorridos e, principalmente porque há de se ter a repercussão, a gravidade que hoje se exige é medida de acordo com capacidade de influenciar a normalidade e a legitimidade das eleições. Influenciar a normalidade e a legitimidade das eleições do país é uma coisa mais difícil, do estado é mais difícil, em municípios do interior, municípios pequenos para prefeito e vereador, o critério da potencialidade e da gravidade também é medido pelo tamanho do município, da circunscrição do pleito. (p. 53).

A reticência do Ministro Herman Benjamin, como bem explicitada em suas fundamentações, não está nos elementos utilizados pelo Min. Relator, mas tão somente na qualificação da gravidade dos fatos, ou para o caso em exame, da potencialidade das condutas ilícitas para que as reconheçam como abuso de poder e aplique as sanções cabíveis. Todavia, esse exame ficou para ser feito após o Min. Gilmar Mendes fazer uso de seu pedido de vista dos autos.

Em sendo assim, tem-se que as discussões sobre o tema em questão, servem especialmente para se demonstrar que, no caso concreto, os dados mensuráveis, quais sejam, a quantidade de votos, os meios de divulgação, o número de eleitores afetados pelas condutas ilícitas, são indispensáveis para a constatação do abuso de poder. Não há como dissociar a análise da reprovabilidade de seus efeitos e extensão, as provas robustas devem conter dados claros, ainda que não possam ser calculados, como a divulgação na TV, mas que possam ser entendidos como aspectos graves. Mediante o exposto neste trabalho, justifica-se por que da utilização das expressões: elementos qualitativos e quantitativos quando da aplicação do direito ao caso concreto.

d) Voto vista Min. Gilmar Mendes: o abuso de poder religioso como causa de pedir

Continuando com o julgamento, em seu voto vista, o Min. Gilmar Mendes reconheceu que a conduta praticada se enquadrava como um ilícito eleitoral na forma de propaganda eleitoral irregular. Todavia, essa ilegalidade não poderia ser considerada como grave abuso do poder econômico ou grave uso indevido dos meios de comunicação social, assim como não era qualificado o suficiente para infringir a ideia de igualdade de chances entre os competidores. Consequentemente, acompanhou o relator em todos os pontos.

Apesar de acompanhar o relator, deve-se destacar de seu voto o aspecto de que, após a exposição resumida dos fatos, pôs em destaque, como item de seu voto, a possibilidade da existência do abuso de poder como causa de pedir. Segue a transcrição, na íntegra, do mencionado voto vista:

O art. 22 da LC nº 64/1990 estabelece:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, [...] (Grifos nossos)

Pois bem, conquanto absolutamente relevante a discussão acerca do abuso do poder religioso como causa de pedir da AIJE, mormente quando se verifica que, em uma primeira análise, a expressão "abuso de autoridade" é mais ampla que "abuso do poder político", entendo que o tema se mostra desnecessário no caso concreto, pois é fato incontroverso nos autos que houve dispêndio econômico na realização do culto religioso, o que poderá, em tese, enquadrá-lo como abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação, desde que possível afastar, momentaneamente, a liberdade religiosa. (p.59-60).

Evidencia-se, pelo exposto, que em um primeiro arroubo de fundamentação dogmática, a pretensão do Ministro Gilmar Mendes seria construir uma jurisprudência do abuso de poder religioso sob o prisma do abuso de autoridade, na qual esta seria entendida de forma mais alargada, a ponto de diferenciá-lo do abuso de poder político. Entretanto, para o caso concreto no qual não se vislumbrou gravidade ou potencialidade nas condutas analisadas, o referido Ministro não entendeu necessário tecer maiores considerações, principalmente que, para tanto, deveria fazer toda a desconstrução do voto do Relator, que deixou expresso que o abuso de autoridade era o mesmo que o político. De qualquer forma, esse ponto do voto vista deixou claro que o tema ainda pode ser analisado e discutido dentro do Tribunal Superior Eleitoral como uma figura autônoma, uma espécie do abuso de autoridade.

3.4.1.3 Algumas considerações sobre a possibilidade de mudança de entendimento sobre abuso de poder religioso no TSE

O contexto dessas considerações coloca em realce que, por mais que se tenha discutido a participação das igrejas, das religiões e dos líderes religiosos, ainda não houve acórdão do TSE cassando diploma ou registro de candidato que tenha como justificativa essa motivação. Não por falta dos fatos e condutas ilícitas, mas principalmente pelo não conhecimento da potencialidade ou gravidade das ilicitudes para configuração do abuso de poder. Como se afere do julgamento ou mesmo do

acórdão de Relatoria do Min. Noronha RO nº 795038⁹⁹ e da Min. Maria Thereza no RO nº 797204¹⁰⁰. Todavia, recentemente, 15 de maio de 2017, o Ministro Noronha, em decisão monocrática, no RO no TSE de nº 2241-93/AL, negou seguimento ao recurso mantendo a decisão do TRE/AL de cassação do Deputado Estadual eleito, a seguir alguns pontos interessantes:

[...] Na AIJE, o Parquet sustentou que o Pastor JOÃO LUIZ, na condição de Presidente da Igreja do Evangelho Quadrangular em Alagoas, teria se utilizado da igreja para fazer propaganda política e arregimentar fiéis em prol de sua candidatura, inclusive com pedido expresso de votos em cerimônia religiosa, nos meses que antecederam ao pleito, o que teria afetado a igualdade de oportunidades entre os candidatos [...]

O TRE Alagoano entendeu ter ficado comprovada a prática do abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social, julgando procedente o pedido formulado na AIJE para cassar o diploma de JOÃO LUIZ ROCHA (eleito Deputado Estadual) e declarar a sua inelegibilidade pelo prazo de 8 anos subsequentes ao dia das eleições de 2014, nos termos do art. 22, XIV da LC 64/90(...)

[...] as provas dos autos demonstram que os apoios dados por Pastores dentro dos templos religiosos da IEQ ao recorrente, então candidato ao cargo

⁹⁹ RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. GOVERNADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO.

(...)

2. A utilização da estrutura da Igreja Universal do Reino de Deus para promoção dos recorrentes em detrimento de seus adversários políticos, em somente dois cultos celebrados no início do mês de outubro do ano da eleição, é incapaz de configurar o abuso do poder econômico, por se tratar de condutas isoladas. Ademais, não há evidências de que as celebrações tenham sido televisionadas ou propagadas por outros meios, tampouco provas que revelem a quantidade de pessoas nelas presentes, de modo que não é possível estabelecer sequer um indício da repercussão da conduta na legitimidade e na lisura da eleição.

3. A veiculação de somente quatro programas de televisão, sem quaisquer informações nos autos sobre sua audiência, em que a suposta propaganda subliminar teria sido realizada por meros três segundos, sem menção expressa ao pleito, tampouco participação dos recorrentes, não tem o condão de configurar o uso indevido dos meios de comunicação social no contexto de uma eleição para o cargo de governador

Recursos ordinários do Partido Republicano Brasileiro, de Marcelo Crivella e de José Alberto da Costa Abreu providos para se julgarem improcedentes os pedidos formulados na ação de investigação judicial eleitoral. Prejudicado o recurso do Ministério Público Eleitoral. (Recurso Ordinário nº 795038, Acórdão de 30/09/2015, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 209, Data 05/11/2015, Página 60)⁹⁹

¹⁰⁰ ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. ART. 73 DA LEI Nº 9.504/97. REALIZAÇÃO DE EVENTO RELIGIOSO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE CARACTERIZEM O ILÍCITO. FUNDAMENTOS RECURSAIS. REPETIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO.

1. Hipótese em que se mostram, a teor do conjunto probatório angariado aos autos, insuficientes os elementos necessários para amparar a condenação por conduta vedada prevista no art. 73 da Lei das Eleições, principalmente por ter sido afastado o caráter eleitoreiro da realização do evento.

2. Consoante o entendimento do TSE, "não se admite a condenação pela prática de abuso de poder e de conduta vedada com fundamento em meras presunções quanto ao encadeamento dos fatos impugnados e ao benefício eleitoral auferido pelos candidatos" (REspe nº 425-12/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJE de 25.8.2014).

3. Mostra-se inviável o agravo regimental que não traz argumento novo que se sobreponha aos fundamentos lançados na decisão agravada. Incidência do Enunciado Sumular 182 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(Recurso Ordinário nº 797204, Acórdão, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 30/06/2016, Página 39)

de Deputado Estadual, além dos shows realizados por conhecido cantor gospel, foram aptos a demonstrar a existência de favorecimento eleitoral a candidato por tal conduta, com a quebra da isonomia e da legitimidade e normalidade das eleições no Estado alagoano.

Do exposto, entende-se ter ficado configurado o abuso do poder econômico e do uso indevido dos meios de comunicação, na espécie. Condenável, por todos os títulos, valer-se o líder espiritual de qualquer comunidade de sua natural ascendência social e psicológica sobre os fiéis de qualquer fé religiosa, em razão da autoridade que reveste a sua investidura, para seduzir-lhes a liberdade de escolha política e capturar a sua adesão a certa e determinada candidatura.

Não há como se confundir a liberdade de culto religioso e os espaços dos templos com escudos protetores, nichos impenetráveis ou casamatas de concreto pra esconder a prática de ilícitos de qualquer natureza – neste caso, ilícitos eleitorais – mas sem que com isso se expresse qualquer aversão à religiosidade ou se minimize o meritório trabalho assistencial e promocional humano das igrejas das várias denominações.

Apesar do voto acima expressar que o deputado estadual foi cassado em razão da constatação do abuso de poder econômico e do uso indevido dos meios de comunicação, as argumentações postas e os fatos narrados deixam margem a interpretações diversas. Serve, todavia, para reafirmar que o Tribunal Superior Eleitoral vai logo discutir novamente muito esse tema.

Outro ponto, as diferenças entre o que seja abuso de poder e captação ilícita de sufrágio. Apesar de entender nesse trabalho pela negativa de outros tipos de poder, é possível a construção da captação ilícita de sufrágio, sobre as manifestações dos diversos “líderes”. O Min. Dias Toffoli analisou caso em que certa igreja evangélica teria utilizado de sua estrutura para cooptar votos, RO 180081¹⁰¹, destaca-se do voto o seguinte:

¹⁰¹ RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. REPRESENTAÇÃO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. TERCEIRO. NÃO CANDIDATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. CONDUTAS NÃO CONFIGURADORAS DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO. DESPROVIMENTO.

1. Na linha da jurisprudência firmada nesta Corte, somente o candidato possui legitimidade para figurar no polo passivo de representação fundada no art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

2. A decretação de nulidade de ato processual sob a alegação de cerceamento de defesa pressupõe a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do art. 219 do CE, o que não ocorreu no caso concreto.

3. Os fatos descritos nos autos - aproveitamento da estrutura de igrejas evangélicas para captação de votos dos fiéis, utilização ilegal de emissora de rádio, patrocínio de show artístico e cessão de celular de uso restrito da Câmara dos Deputados - não se amoldam à conduta coibida pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Com efeito, da análise dos autos, entendo que, das situações fáticas acima noticiadas, não se extrai a ocorrência de quaisquer elementos do tipo descrito no art. 41-A da Lei das Eleições, a saber: doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor qualquer bem ou vantagem pessoal em troca do voto.

Desse modo, conforme consignou o acórdão recorrido, os seguintes fatos - aproveitamento da estrutura de igrejas evangélicas, utilização ilegal de emissora de rádio, patrocínio de *show* artístico e cessão de celular de uso restrito da Câmara dos Deputados - podem até configurar, em tese, outros ilícitos eleitorais, mas não se amoldam à conduta coibida pelo citado art. 41-A, fundamento da representação. (RO nº 1800-81.2010.6.01.0000/AC).

No caso acima, o acórdão não descartou a possibilidade do art. 41-A da Lei das Eleições, a captação ilícita de sufrágio, simplesmente não se configurou essa possibilidade ao caso concreto, o que não impede de ser analisado mais à frente. Ou seja, essa é outra possibilidade de se limitar a liberdade religiosa sem se reconhecer o abuso de poder religioso.

Por fim, dos casos acima analisados, o TSE não só deixou transparente como asseverou que vai combater toda forma de abuso das igrejas e de todas as associações religiosas. A jurisprudência analisada ressalta a necessidade de se manter um equilíbrio e realizar ponderações entre as liberdades e garantias individuais e as da normalidade das eleições, da liberdade do voto e da paridade de armas. Nesse ponto, deve o TSE ter acuidade de separar a figura da pessoa jurídica com a do líder religioso, quanto ao abuso de autoridade.

O que se observa é uma tendência a querer retirar da pessoa física do líder religioso o direito à livre manifestação de pensamento, o que não pode ser feito. Aqui se apresenta um novo ponto a ser debatido nas ações que virão, e virão muitas, pois como bem ficou asseverado, não há mais dinheiro de pessoa jurídica, o que pode levar muitos candidatos a realmente tentarem se apoiar na estrutura já existente das associações religiosas. Ou mesmo o líder religioso utilizar de seu carisma para conquistar votos.

4. O direcionamento dos pedidos de interceptações telefônicas e do próprio inquérito a determinado Juízo, inclusive com indicação nominal do magistrado, fere o princípio do juiz natural e implica, consequentemente, a ocorrência de nulidade absoluta.

5. Não há nos autos suporte probatório válido para amparar a alegada prática de captação ilícita de sufrágio consistente na distribuição de bens e dinheiro em troca de votos.

6. Recurso ordinário desprovido.

(Recurso Ordinário nº 180081, Acórdão, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 79, Data 30/04/2014, Página 37)

Esse ponto final, quando se confunde a figura da pessoa física, o líder religioso, com a pessoa jurídica, a igreja em si, sugere-se uma discussão bem mais profunda pelo TSE, pois qual é a diferença de um pastor, um pai de santo, um padre, um líder de movimento LGBT, um presidente de uma associação sem fins lucrativos, um artista conhecido, um líder de tribo indígena pedir votos em favor de certo candidato, afirmando que aquele é o seu entendimento pessoal.

A figura do líder religioso em razão do seu carisma não deve se confundir com abuso do poder religioso. Entende-se que não há nenhuma vedação ao uso do poder carismático, pelo contrário, é utilizado por muitos para se alcançar um cargo político, veja-se, por exemplo, o palhaço Tiririca, o jogador Romário, ainda que não sejam unanimidades, são pessoas famosas e bem quistas e se utilizaram de seus carismas e influências nas mídias para serem eleitos e reeleitos.

De qualquer modo, uma preocupação que apareceu ao longo do presente estudo foi a da tentativa de alargar o abuso de autoridade para colocar o líder religioso. Como se verá a seguir, o poder cultural, exercido por líder de tribo indígena, também, se encontra dentro dessa tentativa de elástico do abuso de autoridade. O que acontecerá se passar o entendimento do Min. Gilmar Mendes, da possibilidade de reconhecer o abuso religioso dentro de autoridade, será que não estará abrindo brecha para se colocar todo aquele que possui um pouco de influência sobre um grupo.

3.4.2 O abuso de poder carismático: influência de artistas

Inicialmente, deve-se esclarecer conforme disposto nos itens 1.3., 1.4 e no item 2, no qual ficou definido que nesse trabalho seriam vistas as jurisprudências do TSE de modo a permitir que não fossem usurpadas as condições de Estado de Direito, ou seja, verificar se o TSE pode compreender em todas as vertentes o abuso de poder sem afastar a norma em face de algum princípio.

Nessa senda, e do que foi dito ao tratar do abuso de poder religioso, passa-se a analisar outro tema de interesse desse trabalho, inicialmente, o poder carismático, especialmente, os artistas consagrados. A principal manifestação nesse caso é a influência que esse tipo de pessoa pode exercer sobre outras em razão da sua

notoriedade. Parte-se da premissa que o pleito já se encontraria desequilibrado, por ser conhecido dos eleitores os artistas, uma vez que a mídia, notadamente, disponibiliza em maior número de notícias de jornais, revistas e sites com imagens deles.

Então, indaga-se: esses artistas estariam sujeitos a sanções por prática do abuso de poder pelo uso de sua imagem e de suas opiniões? A lei eleitoral limita as formas de fazer propaganda, vedando as participações dos artistas em showmícios¹⁰² na época das campanhas. Essa vedação demonstra a preocupação com a utilização do poder carismático exercido pelos artistas.

De qualquer maneira, é pacífico o entendimento sobre a possibilidade de abuso de poder econômico, não abuso de autoridade. Esse entendimento pode ser verificado quando da consulta 1709 no TSE, que tratava de questionamento sobre candidato que exerce a profissão de cantor. A resposta à consulta deu ensejo à resolução 23.251/2010, assim exarada:

Consulta. Candidato. Cantor. Exercício da profissão em período eleitoral.

1. O candidato que exerce a profissão de cantor pode permanecer exercendo-a em período eleitoral, desde que não tenha como finalidade a animação de comício ou reunião eleitoral e que não haja nenhuma alusão à candidatura ou à campanha eleitoral, ainda que em caráter subliminar.

2. Eventuais excessos podem ensejar a configuração de abuso do poder econômico, punível na forma do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, ou mesmo outras sanções cabíveis.

Consulta respondida afirmativamente.

(Consulta nº 1709, Resolução nº 23251 de 15/04/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 20/05/2010, Página 15).

Observa-se que a preocupação do relator é tão somente com os excessos da conduta, uma vez que existe a possibilidade de qualquer pessoa, artista consagrado

a. ¹⁰² Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

(...)

7º É proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral.

ou não, manifestar-se a favor de um candidato¹⁰³. Todavia, fica claro que há a preocupação com a influência que essas figuras públicas possam exercer, tanto que, a depender do caso, pode ser constatado o abuso de poder econômico, ou mesmo, do uso indevido dos meios de comunicação¹⁰⁴, o que poderia ocasionar a cassação do registro.

Demonstra-se, assim, que não existe uma figura autônoma do poder carismático, mas a possibilidade de se configurar casos de abusos de poder econômico ou do uso indevido dos meios de comunicação.

3.4.3 Abuso de poder cultural – o elastecimento do conceito de autoridade, o julgamento do RESPe 28784

Ao tratar dos tipos de poderes nesse trabalho, ressaltou-se sobre os nomes utilizados, que não surgem de um critério específico, mas em decorrência da pessoa que praticou o ato tido como ilícito. No caso a ser analisado, utilizou-se o termo poder cultural como decorrente dos costumes e concedidos a um representante do grupo, o tipo de poder exercido pelos caciques, líderes indígenas.

Sobre o tema, especificamente, a possibilidade da prática de abuso de poder nas eleições pelo líder indígena, o julgamento do RESPe nº 28784¹⁰⁵ chama a atenção

¹⁰³ REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL. HORÁRIO GRATUITO. RESOLUÇÃO Nº 20.988/2002 (§ 1º DO ART. 32). DEPOIMENTO DE ATRIZ: MEDO. ALEGAÇÃO DE CRIAÇÃO DE ESTADOS MENTAIS E EMOCIONAIS.

- É lícito uma pessoa - artista ou não - dizer publicamente que tem medo das próprias previsões e análises que faz em torno da vitória de um ou outro candidato à Presidência da República.

- Deve ser cautelosa a leitura do art. 242 do CE e de sua reprodução literal no art. 6º da Resolução nº 20.988 do TSE, quando guardar o dispositivo legal alguma semelhança com o art. 2º da Lei de Segurança Nacional. - Representação improcedente. (REPRESENTAÇÃO nº 587, Acórdão nº 587 de 21/10/2002, Relator(a) Min. JOSÉ GERARDO GROSSI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 21/10/2002 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 1, Página 39).

¹⁰⁴ Lei 9.504/97

Art. 45 (...)

§1º A partir de 30 de junho do ano da eleição, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por pré-candidato, sob pena, no caso de sua escolha na convenção partidária, de imposição da multa prevista no § 2o e de cancelamento do registro da candidatura do beneficiário.

¹⁰⁵ ELEIÇÕES 2012. CARACTERIZAÇÃO. ABUSO DO PODER POLÍTICO. CACIQUE. LÍDER. ÍNDIOS. RESERVA INDÍGENA. SERVIDOR PÚBLICO. PODER ESTATAL. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO. LIMITE. RECURSO DESPROVIDO.

e merece grande destaque por analisar a conduta do cacique como uma extensão do abuso de autoridade. O cacique não exerce cargo ou função pública da administração direta e indireta, mas ainda assim, um dos votos dispostos no acórdão foi a favor dessa fundamentação. Nessa senda, passa-se a perscrutar o acórdão, para melhor compressão do julgado e posterior construção de uma análise conforme entendimento de Estado de Direito.

a) Breve histórico fático e processual

Trata-se do exame do Acórdão do julgamento do RESPe nº 28784, de Relatoria do Min. Henrique Neves, cuja exordial é uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral contra Dirceu Retanh Pereira Santiago, cacique da Reserva Indígena Ivaí, localizada no Município de Manoel Riba/PR. Figuram no polo passivo, também, os candidatos aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito da referida municipalidade.

Apesar do cacique ser candidato a vereador, a respectiva AIJE tinha como escopo o favorecimento da candidatura da chapa majoritária por meio da prática de atos tidos como supostamente ilícitos que direcionaram os votos da população indígena em favor dessa chapa. É inconteste no processo que o cacique exerce para a população indígena a ideia de um líder com direito a direcionar as decisões da aldeia, podendo até punir índios com a pena de banimento da comunidade nos casos em que ele entender como muito grave.

1. Para caracterização do abuso do poder político, é essencial demonstrar a participação, por ação ou omissão, de ocupante de cargo ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

2. Voto-vista. Diferença parcial de fundamentos, no que tange à possibilidade de conceituação dos atos praticados por cacique indígena serem enquadrados como abuso de poder político. Respeito a multidiversidade cultural e possibilidade de verificação de excessos a cada caso. Inexistência de abuso no caso concreto. Coincidência de conclusão, pelo desproimento do recurso.

3. A análise do recurso especial é restrita aos limites dos fundamentos apresentados nas razões recursais e ao pedido formulado pelo recorrente.

4. Situação em que os atos e omissões praticados poderiam ser examinados sob a ótica da captação ilícita de sufrágio, afastada pela instância regional por falta de pedido inicial. Por não ter sido infirmado tal fundamento, fica inviabilizado o exame do tema pelo Tribunal Superior Eleitoral.

5. Verificados indícios da prática de crimes eleitorais, devem ser remetidas cópias ao Parquet para apuração e adoção das medidas cabíveis.

Recurso Especial desprovido, com remessa de cópias ao Ministério Público Eleitoral.

(Recurso Especial Eleitoral nº 28784, Acórdão de 15/12/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/03/2016, Página 41)

O MPE alegou que o cacique fez uso desse poder, derivado do costume e de sua cultura e reconhecido pelo ordenamento constitucional pátria, para direcionar os votos dos membros indígenas de sua comunidade, como também para coagir os professores da rede pública a votarem na chapa majoritária de seu interesse. Alegou também que haveria a prática de abuso do poder político de funcionários da FUNAI que se omitiram sobre o caso.

O Juízo Eleitoral de primeira instância, ao julgar parcialmente a ação, cassou o registro da candidatura e declarou a inelegibilidade do prefeito beneficiado pelo líder indígena, afastou as imputações em relação ao vice-prefeito, declarou a inelegibilidade do cacique, em razão do abuso de autoridade, nos termos do art. 22, XIV, da LC nº 64/90.

Inconformados com a sentença, interpuseram recurso eleitoral o prefeito e o cacique. O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná conheceu e deu provimento aos recursos eleitorais, cassando a sentença, por entender que apesar de a conduta do índio ter interferido na liberdade do voto, não poderia ser punível, pois os atos não foram emanados de quem tem cargo ou função da administração pública direta ou indireta, condição necessária para configuração do abuso de autoridade.

Contra a decisão do TRE/PR, o MPE opôs embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, os quais foram rejeitados pela maioria dos juízes eleitorais, por entender que não haveria obscuridade, omissão, ou contraditório no acórdão regional. Em vários trechos do acórdão, tanto decorrentes do julgamento principal como dos embargos, o TRE/PR deixou claro que a conduta praticada poderia ser até reprovável, mas não considerada como abuso de poder de autoridade. E vai além, dispõe que poderia até ser considerada captação ilícita em razão das ameaças, mas esse fato não foi objeto da ação, por isso não se poderia analisar a conduta sob essa alegação.

Em seguida, cita-se o MPE, que, com fundamento no art. 276, 1, a, do Código Eleitoral, interpôs Recurso Especial alegando afronta aos arts. 22, XVI e 19, caput e parágrafo único, da LC nº 64/90. Destaca-se das alegações do órgão ministerial a afirmação de que o cacique teria cometido abuso de poder de autoridade e por isso deveria realmente constar no polo passivo da ação.

O objeto é claro, discute-se no RESPe a existência de abuso de poder de autoridade em decorrência dos atos praticados pelo cacique da aldeia indígena. Nesse sentido o Min. Fux afirma que: “*A quaestio iuris debatida no presente recurso especial eleitoral cinge-se em saber se os fatos imputados [...], qualificam-se juridicamente como abuso de poder de autoridade ou política [...]*” (p. 37)¹⁰⁶.

Expostos a hipótese fática e o histórico processual do acórdão em análise, para melhor compreensão desse julgado frente ao abordado no presente trabalho, será exposto primeiramente o voto vista do Min. Luís Fux, juntamente com o item da hipótese teórica por ele elaborada, para, em seguida, ser analisado o voto do relator Min. Henrique Neves, que traz uma abordagem nos moldes do que foi disposto no item 3.4.1 ao tratar do abuso de poder religioso, para o qual não se subsiste a possibilidade de extensão do conceito de autoridade.

b) O voto vista do Ministro Luís Fux: o cacique equiparado a autoridade

Antes de se adentrar ao *quaestio iuris* o Min. Fux ressalta a necessidade se questionar se os institutos do direito positivo, no caso o do Direito Eleitoral, são aplicáveis a grupos tradicionais como quilombolas e tribos indígenas sem que isso desnature suas tradições e costumes. (p. 37).

Ao iniciar a declaração do seu voto, o Min. Luís Fux faz uma ruptura na forma que analisará o caso, estabelece o que entende como “delimitação do campo de incidência dos institutos jurídicos, forjados dentro de um ambiente cultural ocidental”¹⁰⁷. Para o Ministro, ao se colocar sob a ótica da perspectiva do direito tradicional deve-se cuidar para “[...] não descaracterizar a identidade daquelas comunidades, enquanto sujeito de direitos, expressamente reconhecidas pela Lei Fundamental de 1988”. Nesse contexto, cria um item em seu voto no qual aponta as premissas teóricas utilizadas para embasar a sua decisão.

¹⁰⁶ (Recurso Especial Eleitoral nº 28784, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/03/2016, Página 41)

¹⁰⁷ No presente trabalho as premissas teóricas apresentas no Voto Vista serão resumidas para facilitar o entendimento, o que pode perder parte da concatenação de todo o arcabouço jurídico sustentado pelo Min Fux. Assim, recomenda-se a leitura completa do voto vista no Recurso Especial Eleitoral nº 28784, para melhor compreensão da tese apresentada.

Assim, ao analisar o abuso de poder de autoridade cometido pelo cacique, o Min. Luís Fux explorou vários fundamentos teóricos, principalmente sobre o direito à diversidade e à necessidade de reconhecimento das minorias, o qual denominou: “O respeito à diferença e ao reconhecimento como imperativo do multiculturalismo: necessidade de proteção à identidade cultural, tradições e costumes das comunidades não hegemônicas.”(p. 38).

Para o Ministro a questão não se limita a simples subsunção da aplicação de abuso de poder político ao cacique. Trata-se do alcance dos institutos dos povos tradicionais, como também do direito à diferença e ao reconhecimento, conteúdos substanciados no princípio da igualdade. O princípio da igualdade não se restringe ao adágio de que todos são iguais perante a lei. O princípio da isonomia passou a ter diversos sentidos. Permanece a preocupação com equiparação, na vida, a igualdade material ou real, cujo fim são as condições de garantir a subsistência e demais direitos substantivos mínimos para o ser humano. “De outro lado, exsurtem o direito à diferença e o direito ao reconhecimento, exteriorizações do cânone da isonomia que importam ao caso vertente.”

Em seu voto, o Ministro trata distintamente dois princípios: o que trata do direito a diferença e o que diz respeito ao reconhecimento. Para o primeiro, em razão de determinadas singularidades, particularidades ou diferenças de certos indivíduos e, principalmente, coletividades, há a necessidade de se impor certos limites ou adaptações a disposições gerais abstratas que, por negligência ou desconhecimento, possam gerar grave e desproporcional impacto à cultura, aos costumes e aos hábitos de povos tradicionais protegidos, por que se diz acerca da necessidade de fazer-se uma discriminação positiva.

Além do direito à diversidade, também é apontado o direito ao reconhecimento. Em seu voto, o relator descreve dois vieses desse direito, o primeiro trata da “[...] dimensão negativa, a imposição de entraves que possam prejudicar o efetivo desfrute de direitos humanos universais pelos membros de grupos vulneráveis, minoritários e estigmatizados.” Quanto à dimensão positiva desse direito, o direito reconhecimento requer a implantação de medidas específicas para o grupo estigmatizado, mas com

caráter universal como forma que esses grupos possam ser tratados como iguais. Como uma forma, também, de combater os efeitos depreciativos à identidade dos grupos vulneráveis causados pelo comportamento da sociedade.¹⁰⁸

Para embasar os fundamentos de proteção jurídica, afirma o Ministro que, apesar de explicitado, a CF, por meio dos § 10 e § 30, VII do art. 215 e art. 216 da CF, ao fomentar a diversidade cultural deixa evidente por meio da proteção das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, da valorização da diversidade ética e cultural e da proteção ao patrimônio cultural brasileiro composto por bens de natureza material e imaterial (art. 216), a partir das quais é extraível a positivação, no ordenamento pátrio, do direito à diferença e ao reconhecimento. Traz, ainda, para embasar os argumentos de autoridade de seu voto, doutrina de Daniel Sarmento.

De qualquer modo, o argumento sobre a mitigação da norma eleitoral elaborado pelo Ministro Fux poderia ser resumido, tão somente, quanto ao multiculturalismo, como bem abordado por ele na fundamentação de seu argumento. A dimensão do multiculturalismo, conforme disposto no voto, impõe o dever de respeito à diferença, o que obriga a manter as comunidades tradicionais e, conseqüentemente, o direito de viver de acordo com os seus costumes, valores e tradições, sem, todavia, desrespeitar direitos fundamentais universais, como o direito à vida.

Ressalta que: “a defesa da diversidade se justifica, ainda, não apenas por um prisma da coletividade, mas também como um direito da sociedade.” Afirma em seu voto que no julgamento do HC nº 80.240/RR, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ em 14.10.2005, o plenário fez uso do direito à diferença para deferir o HC em favor de índio para não depor em CPI. Nesse mesmo entendimento, mas voltado para a dignidade da pessoa humana, quando vetou a realização de prova

¹⁰⁸ Para melhor compreensão do tema, direito ao reconhecimento ver também: Mead, George Herbert. "O eu social." *Arquivos Brasileiros de Psicologia* 60.2 (2008): 219-222., A teoria da psicologia social de Mead foi utilizada por Honneth. Ver também: Dussel, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Vozes, 2000. Ver também: Dubet, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2011. Por fim: Honneth, Axel. *Luta pelo Reconhecimento: para uma gramática moral dos conflitos sociais*. Ed. setenta, 2011.

pública para demonstração de alfabetização por entender essa prática vexatória e humilhante.¹⁰⁹

Em seguida, mantendo a ideia de argumentação de autoridade, trouxe jurisprudências de Tribunais de vários países sobre o tema, para resumir que seus argumentos estão na “Convenção nº 169 da OIT, que dispõe expressamente, em seus arts. 3.1, 4.3, 8.2 e 9.1, que a diversidade cultural não afasta a tutela dos direitos humanos universais de cada integrante de povo indígena ou comunidade tradicional.”

Para o relator, o exposto serviu para asseverar que “[...] a tutela do direito à diferença e ao reconhecimento consubstancia um mandamento constitucional jusfundamental a ser observado por todos os poderes estatais e por particulares.” Ao fim, reforça que seu entendimento não dar total autonomia aos líderes de minoria, pois o limite de seu ato é o não desrespeito aos direitos humanos universais, visto no sentido jusfundamental e de forma a respeitar as tradições, hábitos e costumes dos grupos tradicionais, cuja diversidade é protegida constitucionalmente.

c) A aplicação das premissas teóricas ao caso concreto: Ministro Fux

Feitas as considerações expostas no item anterior, o Ministro passou ao exame do caso concreto, que, de fato, interessa ao presente trabalho. Discorre que a alegação do MPE no RESPe é de que o cacique, em razão de sua autoridade perante os demais membros de sua aldeia, direcionou os votos desses índios em favor de um candidato a prefeito. A compreensão é que essa conduta deveria ser considerada abuso de poder de autoridade, por ser tolerada e permitida pelo ordenamento pátrio a manutenção desses poderes do líder indígena.

Neste aspecto, o da aplicação da norma ao caso concreto é que pode se verificar os parâmetros empregados pelo magistrado para que seja reconhecido o abuso de poder. Caso se atenha à legalidade e não à extrapolação da norma, o Min. Fux constrói uma tese própria para o presente caso que foge ao, até agora,

¹⁰⁹ TSE, REspe nº 21.920, Rel. Mm. Caput Bastos, 21.8.2004; TSE, Rcl no 318, Rel. Mm. Carlos Madeira, 17.8.2004.

apresentado. Afirmar o Ministro que apresentará uma terceira tese, diferente das duas apresentadas.

A primeira é a defendida pelo relator Min. Henrique Neves, disposta no acórdão do TRE/PR, e que se encontrar em consonância com o entendimento petrificado do TSE, no sentido de que somente os ocupantes de cargos ou funções públicas da esfera da administração pública direta e indireta é que podem cometer abuso de poder político ou de autoridade. O MPE encapa a segunda tese na qual se configurado que os bens jurídicos tutelados pelos arts. 19 e 20 da LC nº 64/908, a liberdade do voto, a normalidade das eleições, foram violados pelo direcionamento dos votos dos índios por meio dos atos praticados pelo cacique da aldeia, haveria a necessidade de considerar o cacique como autoridade, enquadrando a sua conduta como abuso de poder de autoridade. Uma vez que esse cargo de cacique, apesar de exercer uma função estatal, o Estado o reconhece permitindo até poder de veto, o que seria para o MPE um cargo híbrido. Deve-se ressaltar que, para o Min. Fux, as duas teses lhe “parecem extremadas e peremptórias.”

Ressalta-se que as partes não discutem os fatos, sobre o uso do poder, ou influência, pelo cacique, em razão do seu cargo, sobre os demais índios de sua aldeia para direcionar os votos para somente um candidato, pois o candidato ao cargo majoritário de sua preferência teve mais de 90% dos votos da aldeia.

No voto vista, o Min. Fux deixa clara sua preocupação com a interpretação “estrita do conceito de autoridade”, pois reconhece a influência do cacique e “que a exclusão a priori do cacique do âmbito dos destinatários do ilícito eleitoral pode gerar um cenário generalizado de fraude à lei, mediante a proliferação de práticas abusivas.” (p. 46). Apesar disso, não se coaduna com os fundamentos do parecer do órgão ministerial no TSE. Portanto, sugere uma “solução intermediária, no afã de salvaguardar os bens jurídicos tutelados pela norma, ao mesmo tempo em que não se cometam injustiças com membros de um grupo minoritário, como é o caso dos membros de uma tribo indígena.

Nesse diapasão, apesar de reconhecer a jurisprudência do TSE sobre o tema, no qual é contrário ao reconhecimento do abuso de poder político a quem não tenha

cargo ou função pública, afirma, em razão das premissas teóricas levantadas, ser possível a configuração de abuso de poder pelo cacique caso a sua conduta infrinja os bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral. Desse modo, para o caso concreto, desconhece o abuso de poder por entender ser uma excludente, pelos seguintes fundamentos:

A excludente de ilicitude eleitoral encontra lastro no reconhecimento do direito à diferença da tribo indígena, na observância de seus hábitos, costumes e tradições. É dizer: não exclui a imputação em virtude de uma interpretação estrita da Lei nº 4.898/65, como fez o eminente relator, em seu substancial voto. Ao revés, reputo ser natural que a autoridade política da tribo indígena conduza politicamente os rumos de seu grupo. Aqui, tratar de forma distinta, não o submetendo à responsabilização eleitoral, não amesquinha, mas antes fortalece o princípio da igualdade.

Mais: se essa constatação soa absurda aos nossos ouvidos, é porque partimos de uma leitura etnocêntrica dos direitos humanos, capaz de impedir que enxerguemos com o devido respeito e consideração às singularidades e às particularidades da cultura de grupos tradicionais não hegemônicos.

De fato, diversamente da cultura em que estamos inseridos, dentro da qual os vínculos sociais intersubjetivos são mais amplos e há maior autonomia e encorajamento à elaboração de projetos existenciais, é próprio das comunidades tradicionais, como é o caso dos grupos indígenas, que os caminhos a serem trilhados pela aldeia e pelos seus membros sejam ditados pela capacidade de avaliação e escolha de sua liderança. Portanto, esse traço cultural é indissociável dentro desses grupos e, no limite, negligenciar esse aspecto pode conduzir à extinção da comunidade como tribos indígenas, com hábitos, costumes e tradições peculiares. Transformar-se-ia, então, em uma polis qualquer.

Com isso, todavia, não pretendo advogar a existência de excludente de ilicitude eleitoral absoluta aos caciques. Não é disso que estou falando. Afirmando apenas e tão somente que, *prima facie* e em princípio, descabe cogitar da imputação por abuso de poder de autoridade ou de poder político por caciques sempre que estes conduzirem os rumos políticos de sua aldeia ou tribo. (p.48)

Ao fim, após afirmar a existência dessa excludente, deixa claro que a aplicação do direito à diversidade e ao reconhecimento não concede total liberdade de agir ao cacique. Cabe observar que esse voto *in fine* afirma que o exercício do poder político não é punível, mas sim o seu abuso, e que a conduta do cacique, em razão do direito à diferença e ao reconhecimento, apesar de parecer, não é abusiva. Traçando todos esses fundamentos, acompanhou o relator para desprover o RESPe por entender que não haveria provas inconteste de coação ou constrangimento ao voto, ou à normalidade e legitimidade da eleição. (p. 49).

Como se pode observar, nesse acórdão, tem-se o problema de uma justiça opinativa, na qual o resultado de um julgado não é construído de uma forma única, como exposto no item 2 desse trabalho, o que impossibilita o fortalecimento da jurisprudência constitucional de forma institucional. Nesse sentido, sugere-se a reapreciação do art. 263 do CE, pois obrigaria a corte a debater qual fundamento seria utilizado para os julgamentos futuros e, assim, construir em conjunto com todos os membros da Corte, uma jurisprudência institucionalizada. Do contrário, ocorre um resultado cuja previsibilidade de mudança do fundamento não pode ser mensurada.

d) Voto do Relator: a desnecessidade de reconhecer o abuso de poder de autoridade para a proteção do direito à diversidade cultural

Os fundamentos apresentados pelo Min. Luís Fux, indutivamente, poderiam reproduzir a necessidade de ressignificação do abuso de poder de autoridade. Todavia, não é, exatamente, o que se entende no presente trabalho. Algumas considerações sobre o voto do relator do acórdão RESPe nº 28784, Min. Henrique Neves, devem ser esclarecidas nesse momento, tendo em vista que não foram colocados no início desse item, pois, várias vezes, ele utiliza o que já foi apresentado e discutido no item anterior ao tratar sobre o abuso de poder religioso.

Os dois casos em foco discutem a possibilidade de elastecimento da expressão abuso de poder de autoridade, sendo que, no caso anterior, foi feito de uma forma mais velada, enquanto aqui foi posto em um dos fundamentos, no voto vista, o reconhecimento da possibilidade de que o cacique possa praticar o abuso de autoridade.

Emerge, pois, a compreensão de que do mesmo modo que foi discutido no caso do abuso de poder religioso sobre as liberdades de culto e de manifestações religiosas, as garantias constitucionais devem ser reconhecidas pela Justiça Eleitoral. No presente processo, o relator Min. Henrique Neves tratou acerca do direito à diversidade cultural, disposto no art. 215 da CF/88.

Também a questão da não configuração de abuso de poder de autoridade foi prontamente repelida pelo relator que assim dispôs sua consideração:

Porém, o poder do cacique realmente não se confunde com o poder político ou de autoridade tratado no art. 191 da Lei Complementar nº 64, de 1990, que faz expressa referência, no seu parágrafo único, ao "abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

A Lei Complementar nº 64 foi editada a partir do quanto disposto no § 9º da Constituição da República, (...)

Assim, tanto o texto constitucional como a lei complementar quando falam em abuso do poder político expressamente se referem ao abuso do exercício de cargo ou função da administração direta ou indireta.

A influência do poder político para o direito eleitoral, portanto, pressupõe a prática abusiva derivada do exercício de cargos públicos, ou seja, o desvirtuamento das relações entre o Estado, os representados por seus agentes e os cidadãos. Em outras palavras, a anormalidade detectada nas relações entre os governantes e os governados.

A regra do ad. 231 da Constituição Federal, ao contrário do que sustenta o Ministério Público Eleitoral, não tem o condão de atribuir ao cacique condição de agente político ou representante da República.

Ao contrário, a partir da leitura do texto constitucional, - percebe-se que a Carta não assegura aos índios um território próprio e soberano. Nem mesmo a propriedade das terras lhes é transferida, uma vez que fazem jus apenas a um determinado tipo de posse que não se confunde com aquela definida pelo direito civil. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são, de acordo com o texto constitucional, terras da União (CF, art. 20, XI). Por outro lado, os dispositivos constitucionais relativos aos índios visam principalmente preservar seus direitos e modo de vida. Não são, pois, segregacionistas e, como tal, não podem ser interpretados para permitir o reconhecimento de uma autoridade política - assim concebida aquela investida do poder estatal - aos seus representantes ou líderes.

Nessa linha, as palavras do Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da Pet nº 3388, que envolvia a questão da demarcação da área da Reserva Raposa Serra do Sol.

Correto, pois, o acórdão regional quando afirma que a caracterização do abuso do poder político depende, essencialmente, da demonstração de atos praticados por ocupantes de cargos ou funções públicas nas esferas da administração direta ou indireta e que, portanto, no presente caso, o cacique indígena não pode ser considerado como representante do Estado brasileiro imbuído de poder político.

Elucidado o voto do Min. Henrique, fazem-se algumas ponderações que não foram postas no voto do Min. Luís Fux. Os princípios podem ser aplicados em subsunção pura ao caso concreto somente quando a norma, ou a sua omissão, reverter em claro desrespeito a um direito, no caso foi alegado o possível desrespeito à diversidade cultural.

Nessa senda, de acordo com os fundamentos apresentados ao longo deste trabalho, a pretensão de se aplicar os princípios à diversidade e ao reconhecimento não se fariam necessários, visto que ao se equiparar o cargo de cacique ao de um servidor público, não houve argumentação desconstruindo a fundamentação posta no voto do ministro Relator, sobre o qual sopesa a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral¹¹⁰ e o princípio da segurança jurídica, apresentada anteriormente. Assim, somente os atos praticados por ocupantes de cargos ou funções públicas da administração direta e indireta é que respondem por abuso de poder de autoridade, ou político. Portanto, por atipicidade da conduta, não haveria o desrespeito ao direito do cacique de manifestar os costumes da tribo, indicando em quem eles deveriam votar.

Compreende-se, em razão do exposto, que o voto vista não construiu argumentação para equiparar a função de cacique com a de um servidor público ou de um cargo em comissão. Ao contrário, afirmou que não o é, porém, assentiu que sua posição na aldeia pressupõe um reconhecimento de poderes pelos costumes e pela cultura de autoridade e de direção da vontade de todo o grupo. Todavia, esses argumentos não se mostram suficientes para considerá-lo como autoridade nos moldes do que determina a norma. Assim, repita-se, vê-se que as leis eleitorais não coíbem a manifestação cultural expressa pelo poder cultural.

Ainda que fosse possível considerar os atos praticados pelo cacique como a de uma autoridade, o exame do quadro deixa claro que não houve, no caso, o desrespeito à manifestação cultural do grupo indígena. Portanto, o plano normativo criado pelas “maiorias” deve ser obedecido. A aplicação do princípio da diversidade e do reconhecimento foi utilizado de forma equivocada, uma vez que esse princípio deve ser utilizado no presente Estado Democrático de Direito, tão somente quando da omissão ou da aplicação da norma ficar, substancialmente, demonstrado que houve

¹¹⁰ (...)Segundo a jurisprudência do TSE, "o abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da condição funcional para beneficiar candidaturas (desvio de finalidade), violando a normalidade e a legitimidade das eleições" (AgR-REspe nº 36.357/PA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 27.4.2010).(...) (Recurso Ordinário nº 288787, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 31, Data 13/02/2017, Página 30-31)

desrespeito à manifestação cultural indígena, cujo direito é reconhecido pela CF/88, arts. 215 e 216.

Esse entendimento sobre a necessidade de afastar o pressuposto normativo para se proteger os minoritários deve ser utilizado quando a norma estiver sendo aplicada corretamente e, ainda assim, a situação de igualdade fica demonstrada a exclusão desses direitos. Nesse sentido, explica Galvão (2014, p. 301):

[...] em uma sociedade democrática e plural parece que somente em situações graves, em que uma lei esteja efetivamente comprometendo autonomia de parcela dos cidadãos de tal forma que bom funcionamento do ordenamento jurídico reforçará ainda mais a situação de impotência, é que o exercício da jurisdição condicional com base no argumento de proteção de direito se torna legítimo. Mesmo nessas situações, sugere-se que o intérprete tenha o cuidado de mostrar que os afetados pelo ato normativo não foram devidamente representados na esfera política, seja em razão de preconceito ou de vício no processo democrático.

Ou seja, a aplicação pura de princípios constitucionais não deve ser visto como regra, “[...] deve demonstrar que o grupo prejudicado pela medida está sistematicamente saindo perdedor na arena política e que, por isso, merece uma proteção condicional especial.” Assim, para que aconteça essa excepcionalidade, na aplicação ao caso, é “[...] recomendável que o intérprete desenvolva uma fundamentação típica do *argumento procedimental* que afasta a presunção de dignidade da legislação”. (GALVÃO, 2014, p. 301).

Deve-se deixar claro que não se pretende fazer uma crítica, mas é defender o ponto de vista positivista, no qual o “[...] importante nessa análise substantiva é que argumentação do intérprete não se baseia exclusivamente em um juízo de reprovação moral.” (GALVÃO, 2014, p. 301). Como observado do voto vista e da análise do caso, pretendeu-se construir uma excludente, somente por meio de argumentos de valor, sem que, conforme entendimento desse trabalho, afastada a presunção da dignidade da legislação eleitoral aplicada ao caso.

Poderia até ser tratado dentro de uma lógica matemática. Ou seja, se cacique não é a mesma coisa que autoridade, as condutas praticadas por aquele não se confundem com as condutas deste. Todavia, no voto vista foi desconstruída a figura do abuso de autoridade, abarcando a figura de cacique, para logo em seguida se reconhecer um excludente e retirar a conduta do campo de reprovação, assim

excluem-se os atos do cacique do campo do abuso de autoridade, do mesmo modo que a norma foi excluída.

Por mais significativa que tenha sido a construção do direito a diversidade e ao reconhecimento aplicado ao Direito Eleitoral, ao caso em estudo não se fazia necessário. Compreende-se, por conseguinte, que o RESPe nº 28784 serviu para identificar a possibilidade de aplicação de novos princípios e reconhecer os direitos à diversidade e ao reconhecimento, abrindo-se caminhos para novos paradigmas a serem respondidos pelo TSE, como a aplicação desses princípios no caso da imputação de captação ilícita de sufrágio, que poderia ser praticada por qualquer candidato, índio ou não.

Como verificado ao longo dessa discussão, os casos apresentados e analisados, demonstram que o abuso de poder no direito eleitoral se encontra em evolução, como também os modos de interpretação frente ao caso concreto. Não se tem qualquer presunção, neste trabalho, em afirmar que esta ou aquela maneira é a mais correta, especialmente quando a “constitucionalização” do direito já se evidencia como figura costumeira dos debates jurídicos. O que se pretende é defender um ponto de vista segundo um positivismo (evita-se o emprego do termo neopositivismo, visto que as palavras que contêm o prefixo “neo” não são bem vindas nesse trabalho), moderado e com o propósito de tentar verificar se o TSE o utiliza, o que foi constatado nos acórdãos, mas não em todos os votos.

CONCLUSÃO

Inicialmente, cabe destacar que, ao se analisar os efeitos dos julgados do TSE, constatou-se que essa Corte julgou o precedente como não recepcionado pela CF/88, artigo 263 do CE. O que deveria ser revisto, principalmente pela evolução do entendimento do STF posta no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 637485, que apesar de não entrar nessa seara do precedente, respaldou os efeitos dos julgados do TSE, pois deixou explícito que o princípio da segurança jurídica correlacionado com o princípio da anualidade, disposto no art. 16 da CF, devem ser respeitados pelo TSE. Para o STF, o TSE tem uma significativa importância no ordenamento jurídico brasileiro, mormente a formação de uma jurisprudência vinculativa a todo processo eleitoral.

O STF entende que deve haver a aplicação da técnica do “prospective overruling”, entendida quando uma Corte reconhece que para determinada matéria, e devido a construção de uma jurisprudência sobre determinado tema, não pode haver uma mudança significativa sem que haja um período de adaptação, confirmando-se o que defendem Guedes e Pádua (2015). O período de adaptação considerado foi o pleito eleitoral. Portanto, como regra, ainda que se mude a jurisprudência em um pleito, devem-se aplicar aos demais casos sobre o tema somente na eleição seguinte. Neste aspecto, o primeiro fundamento da hipótese que destaca a importância da análise do TSE foi conseguido.

Todavia, em razão do que se denomina de justiça opinativa, utilizada pelas Cortes brasileiras, e sem exceção com as eleitorais, os fundamentos de cada voto dos magistrados que compõem a decisão do colegiado, ainda que expressem o mesmo resultado, podem ser derivados de fundamentos que não conviveriam, se orquestrados em uma racionalidade de argumentação dentro de um documento único, oficial. E foi nesse ponto que não se conseguiu uma resposta cem por cento positiva quanto à aferição de que os abusos de poder descritos na legislação eleitoral são suficientes para contemplar todos os possíveis ilícitos sem afetar direitos individuais. Como expresse, o resultado no julgamento do RESPe 28784, item 3.4.2, sobre o abuso de poder cultural, convive perfeitamente com o voto do relator. Todavia, apesar desse resultado ter sido unânime, outros fundamentos foram postos em voto vista que se desassocia por completo do resultado pretendido. O ministro Fux demonstra que

deve, sim, ser estendida a compreensão sobre o entendimento do que seria abuso de autoridade, afastando normas eleitorais para aplicação de princípios fundamentais dentro de uma verdadeira teoria “Neoconstitucionalista”.

Na apuração desses resultados, a solução encontrada tenta demonstrar a hipótese fática. Comprovar que o resultado obtido no voto vista se faz desnecessário para aquele caso concreto em razão de que no voto do relator, acompanhado pela maioria foi o que norteou o resultado. Os pressupostos construídos ao longo do trabalho foram totalmente verificados na construção dos argumentos do voto do relator. Assim, partindo-se do resultado desse julgamento, é possível afirmar que parte da hipótese, qual seja, de que a norma posta é suficiente para salvaguardar o prélio eleitoral, foi respondida positivamente.

Entretanto, não é possível afirmar que o TSE não modificará seu entendimento, especialmente tanto nesse acórdão, como no RO nº 2653-08 que julgou o abuso de poder eleitoral, membros do TSE deram sinais de que pretendem elastecer o significado de abuso de poder eleitoral. Especialmente, em razão da decisão monocrática posta no RO no TSE de nº 2241-93/AL, ainda a ser julgada no pleno.

Comporta, desse modo, afirmar que é possível asseverar que o TSE não deve revelar somente uma preocupação moral quanto à necessidade de se guardar o sufrágio, mas expressar interesse, na compreensão sobre um comprometimento institucional. Os demais objetivos deste trabalho, ainda que não sejam principais, sustentaram-se sobre a preocupação de compreender o significado do abuso de poder a partir da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Recomenda-se que a fundamentação jurídica não deva ser feita meramente por menção a valores e princípios, o que poderia gerar insegurança nos julgamentos do TSE, situação inaceitável por contrariar o que já foi posto a esse respeito.

Como se analisou o significado do abuso de poder para o TSE, destaca-se no capítulo 1, o delineamento sobre a compreensão do que pode ser considerado poder, especialmente, a teoria de Bobbio (1986), que ao se exercer um poder há a limitação de uma liberdade, ou um direito fundamental. Ademais, por meio do exame da CF/88, foi possível entender que a democracia é a responsável pelo direcionamento do poder por meio de emanção do povo e transferência por meio do voto.

Ficou demonstrado que dentro da sociedade existem várias manifestações legítimas de poder decorrentes das relações pessoais, em que esse poder surge do próprio exercício de um direito fundamental, o que pode levar a um conflito entre o exercício de um direito, de um poder e a necessidade de limitá-lo, como foi visto no exame dos julgados sobre abuso de poder eleitoral e cultural.

Em decorrência desses aspectos, houve uma preocupação em delimitar qual o poder que se pretende fiscalizar e cujo abuso deve ser banido da seara eleitoral. Foi possível extrair que são aqueles que podem influenciar o voto a ponto de afetar todo o pleito. Como observado, muitos são os poderes influenciadores do voto, por isso é relevante conhecer a legislação eleitoral que limitou os bens jurídicos tutelados e os poderes cujo abuso deve ser proibido. Do contrário, a partir da imaginação do intérprete, seria possível falar-se em abuso de poder empregatício, abuso de poder familiar, a depender do sujeito que esteja praticando o ato, bem como da ideia de que toda liberdade deve ser limitada em razão dos bens jurídicos tutelados, que se resumem na democracia.

Afirmou-se que há certa ilegalidade ao se nomear como abuso de poder, algumas expressões de liberdade cujo abuso não está na norma eleitoral como proibido. Assim, ao se criar a nomenclatura abuso de poder religioso, pode estar inflamando a sociedade, ou concedendo certo suporte para a mídia, demais candidatos e cidadãos a discriminarem certos grupos religiosos. O correto é afirmar que certa pessoa jurídica (igreja), ou pessoa física (líder religioso) cometeu abuso de poder econômico, ou do uso dos meios de comunicação.

Como visto, o objeto a ser protegido em um Estado Democrático de Direito é a democracia, que em razão da república¹¹¹, para o qual os mandatos são limitados e periódicos, exercida por meio do voto direto, secreto (art. 14, CF/88). O voto é unidade de poder mínima usada nas eleições e a garantia de sua lisura é a forma de legitimar os novos mandatários, ou detentores do poder, os representantes do povo. Para se verificar a lisura, a Justiça Eleitoral foi alçada à conclusão de responsável pela fiscalização, poder de polícia, execução e julgamento dos processos administrativos e judiciais, como modo de exercer suas competências e funções para garantir a legitimidade das eleições. Assim, não há como separar a relação umbilical entre a

¹¹¹ No item 2.2, o conceito de república e seus efeitos são mais claramente apresentados.

Justiça Eleitoral, a democracia e o poder. Todavia, em razão do próprio Estado de Direito, não deve a Justiça Eleitoral interferir no exercício de um direito, utilizando-se de seu “ativismo judicial”.

Ademais, por mais que se tenha utilizado uma interpretação da jurisprudência sustentada pela norma, constatou-se que realmente é extenso, não em quantidade de tipos de poder, mas as possibilidades de exame das condutas consideradas como tais. Observou-se que além de esparsas no ordenamento, os tipos e os bens jurídicos protegidos são compostos por conceitos abertos. É possível verificar-se que a proteção à democracia foi resumida em três principais bens jurídicos protegidos, a saber: “normalidade e legitimidade das eleições”, §9º do art. 14 da CF, “liberdade do voto”, caput do art. 237 do CE e art. 19 da LC 64/90; e a proibição quanto a utilizar do abuso de poder para beneficiar “candidato ou partido político”, § 2º do art. 237 do CE, art. 22 da LC 64/90, do abuso de poder, econômico, político, ou de autoridade, e de uso indevidos dos meios de comunicação.

Quanto aos princípios, considerando o como um pressuposto necessário, foi realizado um estudo da jurisprudência, restringindo-se a enumerar os casos que a doutrina entende como principais. Observou-se, na grande maioria das vezes, o princípio realmente tem sido utilizado como suporte da norma, ainda que com forte valor de subsunção e não de ponderação. Presta-se para um equacionamento, no que entende o Tribunal Superior Eleitoral sobre o uso de elementos qualitativos e quantitativos. A esse respeito, não foi enumerado um rol taxativo de princípios, pois como dito, toda vez que o Tribunal for analisar o abuso de poder, pode se confrontar com os mais diversos princípios constitucionais, uma vez que o exercício de um poder está intrinsecamente ligado a um direito, ou liberdade fundamental.

De todo modo, os elementos qualitativos e quantitativos também não foram enumerados, a não ser a análise da gravidade dos fatos, pois surgem a depender do caso concreto em análise de diferentes formas. Apresenta-se, como exemplo, o caso da necessidade de se compreender a finalidade da política pública, posta no item 3.3. Ao fazer-se a análise de uma política pública assistencialista e tida pela legislação eleitoral como legal, o TSE após vários julgados, pacificou o entendimento de que a finalidade da aplicação da política precisa ser analisada para a constatação do abuso de poder político. Em síntese, pode-se concluir, na perspectiva de estruturar-se uma

síntese, que os dois primeiros objetivos foram alcançados, não da forma que a doutrina costuma fazer, por meio de conceitos fechados, mas levantando pressupostos que podem ser usados por todos envolvidos no processo eleitoral, principalmente direcionados ao interprete principal de um Estado Democrático de Direito, o cidadão.

Sugere-se, como finalização, registrar que o aplicador do Direito Eleitoral, em especial o TSE, não se rogue no direito de, em razão da realidade social atual em que o povo não acredita mais em seus mandatários, assumir o posto de legislador. A sociedade brasileira, no momento atual, diferentemente dos anos de 1930, por exemplo, não se encontra necessitada de meros resultados, mas de tratamento digno, como convém, indistintamente, a todos os cidadãos.

A interpretação construída por fundamentos Constitucionais deve, sim, ser utilizada, mas não ao ponto de, no afã de um protagonismo exacerbado, retirar da subsunção do caso concreto a norma que foi construída dentro de um contexto de grande densidade política e histórica. É necessário o cuidado para que o resultado hoje obtido sobre a seara de se construir uma justiça social, e evite-se a propensão de dar uma resposta rápida aos anseios sociais, o que pode resultar em castração de direitos individuais fundamentais no futuro. Ademais, a busca pelo protagonismo pode retirar da Justiça Eleitoral a confiança nela depositada pela sociedade brasileira. Portanto, o formalismo e o respeito à norma, por mais que pareçam absurdos, visto os anseios sociais por mudanças, são, de fato, garantias do Estado Democrático de Direito, assim como uma forma de respeito às instituições postas na CF/88.

REFERÊNCIAS

- AGRA, W. de M.; VELLOSO, C. M. da S.. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AGRA, W. M. *Manual Prático de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- ALMEIDA, R. M. *Direito eleitoral*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. *Direito eleitoral Regulador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ALVIM, J. E. C.. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado, 1988. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral - TSE, “*Períodos da História da Justiça Eleitoral*”. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-periodos-eleitorais-1372189587538>>. Acesso em: 10 set. 2016.
- BRASIL. *Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 de set. 2016.
- BRASIL. *Lei Nº 4.737, de 15 de julho de 1964*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 02 de set. 2016.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *60 anos do Tribunal Superior Eleitoral*: sessão comemorativa no TSE; homenagens do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Brasília: TSE/SDI, 2005.
- BARROSO, L. R.. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*. 20 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- BORGES. A. *Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses*. Sociologias: Porto Alegre, ano 12, nº 24, mai. /ago. 2010.
- BRUTAU, J. P. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Porto Alegre: AJURIS Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1977.

CÂNDIDO, J. J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2016.

CARVALHO, CARVALHOJ. M. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997.

CARVALHO, V. O.. *Direitos Políticos no Brasil*. O Eleitoral no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2016.

CAVALCANTI, P. A. *Análise de políticas públicas: o estudo do Estado em ação*. Salvador: Eudneb, 2012, p. 26.

CAJADO, A. F. R.. *Períodos da história eleitoral*. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/744/tse-periodos-eleitorais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 set. 2016.

CABRAL, A. do P. *A Técnica do Julgamento-alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed., Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CHADE, J. . *Brasileiro é quem menos confia em político, diz pesquisa mundial*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 11 maio 2016. Disponível em: . <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-e-quem-menos-confia-em-politico>> Acesso em: 30 jul. 2017.

COÊLHO, M. V. *A eficácia dos instrumentos processuais na contenção do abuso de poder econômico nas eleições brasileiras, programa de doutorado “el derecho procesal ante el siglo XXI: NUEVAS PERPECTIVAS*, SALAMANCA 2015

COÊLHO, M. V. F. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral*. Rio Janeiro, Renovar, 2009.

COÊLHO, M. V. F. *Eleições: Abuso de poder*. Brasília: Edição do Autor, 2006.

DALLARI BUCCI, M. P. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI. Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, M. G.. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. Ed. São Paulo: editora LTr, 2013.

DANTAS, I. *Coronelismo e dominação*. Aracaju: UFSE, 1987.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DUQUE, M. S. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUSSEL, E. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. São Paulo: Vozes, 2000.

FARIAS, F. P. *Clientelismo e democracia capitalista: elementos para uma abordagem alternativa*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 15, p. 49-65, nov.2000.

FIGUEIREDO, M. F.; FIGUEIREDO, A. M. C.. *Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica*. In: *Análise e Conjuntura*, Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, v.1, n.3, set/dez, 1986. p.108.

FRAZÃO, C. E.; FUX, L. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, J. J.. *Direito eleitoral*. São Paulo: Del Rey Editora, 2008.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUEDES, J C.; PADUA, T. A.R. de. *Pedaladas jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling?*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling> >. Acesso em: 15 mar. 2016.

GUERZONI FILHO, G. A Justiça Eleitoral no Brasil: a desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 41, nº 161, jan./mar. 2004. p. 39 - 46.

IPARDES. Perfil municipal de Itaperuçu. 2005. Disponível em: <<http://www.ipardes.pr.gov.br/>>. Acesso em: 24.nov.2016.

JANOTTI, M. L. M. *O coronelismo: uma política de compromissos*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

KELSEN, H.. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANNA, M. P. D. *A dívida divina: troca e patronagem no Nordeste brasileiro*. Campinas: UNICAMP, 1995.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. e. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACHADO, I. R. *Dias em movimento: espaço e poder numa "comunidade-dormitório" mineira*. Campinas. Dissertação (Mestrado em Antropologia). Universidade Estadual de Campinas, 1997.

MEAD, G. H.. "O eu social." *Arquivos Brasileiros de Psicologia* 60.2, 008:p. 219-222.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito constitucional*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008

NUNES, E. *A gramática política do Brasil*. Clientelismo e insulamento burocrático. 2a ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997.

NUNES, D. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização, Paradoxos do Sistema Jurídico Brasileiro: Uma abordagem Constitucional democrática*. Direito jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NOVELINO, M. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, M. R. *Controle das Eleições*. Virtudes e vícios do modelo constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

QUEIROZ, M. I. P. *O coronelismo numa interpretação sociológica*. In: FAUSTO, B. (org.). *História geral da civilização brasileira. V. III: O Brasil republicano*. Estrutura de poder e economia (1889-1930). Rio de Janeiro: B. Brasil, 1997.

RAMAYANA, M. *Direito Eleitoral*. 9 ed. São Paulo: Editora Impetus, 2009

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 28581, Acórdão de 21/08/2008, Relator(a) Min. Felix Fischer, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, 23 set. 2008, p. 15 RJTSE - *Revista de jurisprudência do TSE*, Volume 19, Tomo 3, p. 263.

REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL. Horário gratuito. Resolução nº 20.988/2002 (§ 1º do art. 32). Depoimento de atriz: medo alegação de criação de estados mentais e emocionais.

RIBEIRO, F. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*. Editora Forense, 2001.

RIBEIRO, F. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, C.L. A. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. *Revista Resenha Eleitoral*, v. 5, n. 1, 1998. Disponível em:< <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012>>. Acesso em: 20 marc. 2016.

RODRIGUES, J. R. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 71-73.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 698, Acórdão, Relator(a) Min. Felix Fischer, Publicação: RJTSE - *Revista de jurisprudência do TSE*, Volume 20, Tomo 4, 25 Jun. 2009, p. 21.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 191942, Acórdão de 16/09/2014, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 189, 08 out. 2014, p.50-51 RJTSE - *Revista de jurisprudência do TSE*, Volume 25, Tomo 4, 16 set. 2014, p. 300.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28040, Acórdão de 22 abr.2008, Relator(a) Min. Carlos Augusto Ayres De Freitas Britto, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Volume 1, Data 1 jul. 2008, p. 8 RJTSE - *Revista de jurisprudência do TSE*, Volume 20, Tomo 1, 22 abr. 2008, p. 249.

REPRESENTAÇÃO nº 587, Acórdão nº 587 de 21/10/2002, Relator(a) Min. JOSÉ GERARDO GROSSI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 21 out. 2002 RJTSE - *Revista de Jurisprudência do TSE*, Volume 15, Tomo 1, p. 39.

ROSENFELD, D. L. *O Que é Democracia*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SAES, D. Coronelismo e Estado burguês: elementos para uma reinterpretação. In: Estado e democracia: ensaios teóricos. Campinas: UNICAMP, 1998.

SALGADO. E. D. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

SAMPIO JUNIOR, José Herval. Abuso do Poder nas Eleições: ensaios. 2 ed. rev. Ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SILVA, P. Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999. p. 63

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/(BrazilianJournalofPublicPolicy)* 5.2 .2015

STRECK, L. L., Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. Ciência política e teoria do estado. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, A. R.. Princípios Constitucionais do Processo Eleitoral. In: TAVARES, A. R.; AGRA, W. de M.; PEREIRA, L. F. (Coords.). *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-39.

TUCCI, J. R. C.. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALE, T.C.S.C. Pré-história e História da Justiça Eleitoral. *XXVI Simpósio Nacional de História* – ANPUH. USP. • São Paulo, julho 2011.

VILAÇA, M. V.; ALBUQUERQUE, R. C. *Coronel, coronéis*. 2a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; 1997.

WEBER, M. *Ciência e Política: Duas Vocações*. 19 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZILIO, R.. *Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral, ações eleitorais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Ação Cautelar nº 85230, Acórdão de 23 JUN. 2015, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, , p.60-61, Brasília, DF, 19 ago. 2015. .

BRASIL. Acórdão no RO nº 2653-08 julgado em 07 MAR. .2017 – Discute o Abuso de poder como causa de pedir, 2017.

BRASIL. Acórdão do TSE, de 16.9.2014, no julgamento do RO nº 53430, 2014.

BRASIL. Acórdão 12.501 julgado em 14 set. 1992, publicado no Diário de Justiça em 11 mar. 1993.

BRASIL. Acórdão 12.501 julgado em 14/09/1992, publicado no Diário de Justiça em 11 MAR. 1993.

BRASIL. Acórdão eletrônico DJe-095 divulgado 20 maio 2013, public. 21 maio 2013.

BRASIL. AgR-REspe nº 36.357/PA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 27 ABR. .2010.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 43858, Acórdão de 11 out. 2016, Relator(a) Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 207, 27 out.2016, p.16-17.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 43858, Acórdão de 11 out. 2016, Relator(a) Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 207, Data 27 out. 2016, p.16-17.

BRASIL. Agravo Regimental Em Recurso Especial Eleitoral nº 19563, Acórdão de 01 out.2015, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume -, Tomo 23, Data 02 fev. 2016, p.241--242.

BRASIL. Agravo de Instrumento nº 6416, Acórdão, Relator(a) Min. José Gerardo Grossi, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 17/04/2007, Página 101.
AgR-Respe nº 8723315-66/RO, Rel. Mm. Luciana Lóssio, DJe de 25/6/2014.

BRASIL. AgR-Respe nº 8723315-66/RO, Rel. Mm. Luciana Lóssio, DJe de 25 jun. 2014.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1170, Acórdão de 22/11/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 31, 13 fev. 2017, p. 21-22.

BRASIL. ADI 3592, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26 out..2006, DJ 02 fev. 2007 PP-00071 Ement. Vol.02262-02 PP-00389 RTJ Vol.00209-01 p.00097.

BRASIL. Agravo Regimental Em Recurso Especial Eleitoral nº 10270, Acórdão de 11 out. 2016, Relator(a) Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 202, Data 20 out.2016, p. 4104-4121.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 15135, Acórdão de 24 maio 2016, Relator(a) Min. Antonio Herman De Vasconcellos e Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 166, Data 29 ago.2016, p. 100-101.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 68579, Acórdão de 06/09/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 205, Data 25 out. 2016, p. 30-31.

BRASIL. Consulta nº 1709, Resolução nº 23251 de 15/04/2010, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, 20 maio 2010, p. 15.

BRASIL. Eleições 2016. Registro. Candidato A Prefeito. Indeferimento. Embargos. Omissões. Art. 224 do Código Eleitoral, 2016.

BRASIL. Eleições 2012. Caracterização. Abuso do poder político. cacique. líder. índios. reserva indígena. servidor público. poder estatal. ausência. recurso especial. pedido. limite. recurso desprovido, 2012.

Eleições 2014. Agravo Regimental em Recurso Ordinário. Representação. Conduta Vedada. Art.. 73 da Lei Nº 9.504/97. Realização de Evento Religioso, 2014.

BRASIL. Processo Administrativo nº 215606, Acórdão, Relator(a) Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 207, 26. out.. 2010.

BRASIL. PETIÇÃO nº 3020, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 04 ago.. 2010.

BRASIL. Petição nº 3020, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 04 ago. 2010, p. 142.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 26465, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 01 out. 2014.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 457327, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume , Tomo 185, 26 set. 2016, p. 138-139.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 378375, Acórdão de 03 maio 2016, Relator(a) Min. Antônio Herman De Vasconcellos e Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, Data 06 maio 2016, p. 9-10.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 795038, Acórdão de 30 Set. 2015, Relator(a) Min. João Otávio de Noronha, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 209, 05 nov. 2015, p. 60.

BRASIL. Recurso Contra Decisões de Juízes Eleitorais nº 10270, Acórdão nº 30661 de 06/05/2015, Relator(a) Hélio do Valle Pereira, Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 72, 13 maio 2015, p. 2-3.

BRASIL. REspe nº 4709-68/RN, rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 10 maio 2012.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 38312, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 196, 11 out. 2016, p. 66-67.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 28784, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 07 mar.2016, p. 41.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 15297, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07 Out. 2016, p. 61-62.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 38312, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 196, 11 out. 2016, p. 66-67.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 6110, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 29 nov. 2016.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 510, Acórdão de , Relator(a) Min. Nelson Azevedo Jobim, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, 16 nov.2001, p. 102.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 21320, Acórdão, Relator(a) Min. Humberto Gomes De Barros, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, 30 ago. 2004, p. 114.

BRASIL. Recurso Contra Expedição De Diploma nº 671, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 59, 03 mar.2009, p. 3.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 1497, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 02 dez. 2008, p. 21-22.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 15429, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 3, 26 ago.2014, p. 556.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 288787, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 31, 13 fev.2017, p. 30-31

BRASIL. Recurso Ordinário nº 378375, Acórdão, Relator(a) Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, 06 jun. 2016, p. 9-10.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 265308, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 05 abr. 2017, p. 20 – 21.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 28784, Acórdão de 15/12/2015, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 07 mar. 2016, p. 41.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 180081, Acórdão, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 79, 30 abr. 2014, p. 37.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 797204, Acórdão, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 30 jun. 2016, p. 39.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 7950-38, em 30 set. 2015.

BRASIL. Recurso Ordinário. Eleições 2010. REPRESENTAÇÃO. Art. 41-A da Lei Nº 9.504/97.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 378375, Acórdão, Relator(a) Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, 06 jun. 2016, p.9-10.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 48539, Acórdão de 26/11/2015, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 12 fev. 2016, p. 26-27.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 152210, Acórdão de 03 nov.2015, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 230, 04 dez. 2015, p. 145.

BRASIL. Recurso Contra Expedição De Diploma Nº 671, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Roberto Grau, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 59, 03 mar. 2009, p. 3.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 85911, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 16 fev. 2016, p. 53.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 26211, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 56, 22 mar. 2017, p. 97.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 13925, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 28 nov. 2016.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 85911, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 16 fev. 2016, p. 53.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 69541, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 120, 26 jun. 2015, p. 246-248.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 40487, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 27 out. 2016.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 28784, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 07 mar. 2016, p. 41

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 42512, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio de Noronha, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 212, 11 nov. 2014, p. 79

BRASIL. Recurso Ordinário nº 180081, Acórdão, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 79, 30 abr.2014, p. 37.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 718, Acórdão de , Relator(a) Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, 17 jun. 2005, p. 161.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 25074, Acórdão de , Relator(a) Min. Humberto Gomes De Barros, Publicação: DJ - Diário de justiça, 28 out.2005, p.136.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 1472, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, 01 fev. 2008, p. 35.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 28387, Acórdão, Relator(a) Min. Carlos Augusto Ayres De Freitas Britto, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume I, p. 8.

BRASIL. REspe n1289-48, rei. Mm. Dias Toffoi, DJe de 5 fev. 2015, p.16.

BRASIL. REspe nº 4709-68/RN, rel. Min. Nancy Andrigli,julgado em 10 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Dispõe disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-23.117-de-20-de-agosto-de-2009-brasilia-2013-df>> Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.117, de 20 de agosto de 2009*. Dispõe sobre a filiação partidária, aprova nova sistemática destinada ao encaminhamento de dados pelos partidos à Justiça Eleitoral e dá outras providências. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-23.117-de-20-de-agosto-de-2009-brasilia-2013-df>> Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 637485, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012*. Acórdão eletrônico DJe-095, divulg. 20-05-2013, publicado 21 maio 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *REspe nº 21.920, Rel. Mm. Caput Bastos, 21.8.2004; TSE, Rcl no 318, Rel. Mm. Carlos Madeira, 17 ago. 2004*.